



Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Prof. Dr. Wolfgang Voit
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2022, 339 - 349 (Heft 2a)
Verlag	Werner Verlag

Voit, BauR 2022, 339

Keine Mängelrechte vor der Abnahme – Die Bedeutung des Erfüllungsanspruchs des Bestellers und des werkvertraglichen Abrechnungsverhältnisses vor der Abnahme¹



von Prof. Dr. Wolfgang Voit, Marburg*

Das Thema „Keine Mängelrechte des Bestellers vor der Abnahme – Die Bedeutung des Erfüllungsanspruchs des Bestellers und des werkvertraglichen Abrechnungsverhältnisses vor der Abnahme“ ist im Grundsatz bekannt und lädt zu kontroversen Diskussionen ein: Hat hier die begriffsjuristische Trennung zwischen Erfüllung und Nacherfüllung zu einem Ergebnis geführt, das für die Praxis unbrauchbar ist? Ist der VII. Senat einer dogmatischen Verkünstelung auf den Leim gegangen? Oder hat die Praxis nur noch nicht erkannt, warum die Trennung richtig und wichtig ist, und muss nun erst lernen, wie man mit diesem Problem umgeht?

Um diesen Fragen nachzugehen, möchte ich zunächst den Stand der Rechtsprechung zum Beginn der Mängelrechte kurz darstellen. Dabei werden wir es nicht vermeiden können, uns auch mit der etwas nebulösen Figur des Abrechnungsverhältnisses zu beschäftigen. Im Anschluss wenden wir uns dann der Frage zu, ob der Besteller durch die Beschränkung der Mängelrechte in der Erfüllungsphase wirklich so hilflos ist.

I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Beginn der Mängelrechte

1. Leitentscheidungen und ihre Aussagen

In seinen Leitentscheidungen² stützt sich der BGH auf folgende Argumente, die für einen Beginn der Mängelrechte erst mit der Abnahme sprechen:

- Bis zur Abnahme ist es Sache des Unternehmers, wie er den Erfolg erreicht. Der Besteller kann vor der Fälligkeit des Anspruchs nur nach Maßgabe des [§ 323 Abs. 4 BGB](#) vorgehen.
- Der Begriff „Nacherfüllung“ deutet bereits auf ein gegenüber der Erfüllung verselbständigtes Stadium hin.
- Es bestehe ein erheblicher Unterschied zwischen [§ 635 Abs. 3 BGB](#), der dem Unternehmer bereits bei der Schwelle der Unverhältnismäßigkeit ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt, und den auf den Erfüllungsanspruch anwendbaren Bestimmungen des [§ 275 Abs. 2](#) und [3 BGB](#), die an die Unmöglichkeit der Leistung anknüpfen.
- Die Verjährung beginne mit der Abnahme.
- Der Besteller könne sich bei der Abnahme Mängel vorbehalten; sei also nicht zur Abnahme gezwungen.

2. Die Rezeption in der Instanzrechtsprechung

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte folgt im Grundsatz der Linie des BGH und ergänzt diese lediglich. So entschied das OLG Hamburg, dass Mängelrechte wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens vor der Abnahme geltend gemacht werden können, wenn der Bauträger den Eindruck erweckt, die Abnahme sei erklärt.³ Das OLG Stuttgart sieht in der ernsthaften Störung des Vertrauensverhältnisses die Rechtfertigung für den Übergang in die Mängelrechte;⁴ das OLG Düsseldorf betont, kleinere Beeinträchtigungen schlossen die Fertigstellung des Werks nicht aus;⁵ das OLG München hebt hervor, auch ein Schadensersatzverlangen nach gescheiterten Vergleichsverhandlungen führe zu einem Abrechnungsverhältnis, weil der Besteller damit zeige, dass er kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages durch den Unternehmer habe.⁶

Grundlegende Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem Beginn der Mängelrechte mit der Abnahme findet sich damit in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte nicht.

II. Das Abrechnungsverhältnis als Voraussetzung für Mängelrechte ohne Abnahme

1. Erlöschen des Erfüllungsanspruchs als dogmatischer Ansatzpunkt

Der Bundesgerichtshof lässt von der Regel, dass die Mängelrechte erst mit der Abnahme entstehen, eine praktisch sehr wichtige Ausnahme zu, die an das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs anknüpft. Erst wenn der Besteller diesen Anspruch nicht mehr geltend machen und auch nicht auf den Erfüllungsanspruch zurückkommen kann, besteht danach die Möglichkeit, Mängelansprüche geltend zu machen.⁷ Insbesondere reicht es dazu nicht aus, wenn der Besteller lediglich einen Vorschussanspruch geltend macht, weil dieser im Gegensatz zum Schadensersatzverlangen nicht dazu führt, dass der Erfüllungsanspruch untergeht.

In der Literatur⁸ wird diese Differenzierung innerhalb der Mängelrechte als Inkonsequenz gedeutet, weil der Besteller damit letztlich nicht alle Mängelrechte geltend machen kann: Der Weg zum Vorschussanspruch ist ihm versperrt; es sei denn er verzichtet auf die Möglichkeit, den Unternehmer auf Herstellung des mangelfreien Werks – sei es nun als Erfüllung, sei es als Nacherfüllung – in Anspruch zu nehmen.

Diese auf den ersten Blick eigentümliche Einschränkung der Bestellerrechte steht aber durchaus in der Tradition des deutschen Rechts, denn nach dem alten Schuldrecht musste dem Unternehmer eine Nachfrist gesetzt werden, nach deren Ablauf die Mangelbeseitigung durch den Unternehmer abgelehnt wird.⁹ Die Situation für die Mängelrechte vor der Abnahme ähnelt damit letztlich der Rechtslage vor der Schuldrechtsreform.

Die Lösung des BGH führt vor allem bei Verjährungsfragen zu einem erheblichen Vorteil: Die Frist für die Verjährung der Mängelansprüche beginnt mit der Abnahme oder mit dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs. Es ist damit ausgeschlossen, die Verjährungsfristen für die Mängelansprüche zu unterlaufen, indem noch auf den Erfüllungsanspruch zurückgegriffen werden kann.¹⁰ In diesem Punkt ist die Lösung des BGH auch den Lösungsansätzen überlegen, die an die Fälligkeit des Anspruchs an dem vereinbarten Fertigstellungstermin oder an die Aufforderung zur Abnahme durch den Unternehmer nach der Fertigstellung ansetzen.¹¹ Diese Lösungsansätze müssten das Problem einer Verjährungsverlängerung durch eine andere Form der Synchronisierung mit [§ 634a BGB](#) lösen.

Exkurs: Auswirkungen auf Sicherheiten

Was bedeutet diese dogmatische Konstruktion für die Sicherheiten? Auf den ersten Blick scheinen die Mängelansprüche vor der Abnahme durch die Gewährleistungssicherheit abgesichert, denn der Bundesgerichtshof räumt dem Besteller nach dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs die Mängelansprüche ein – und diese sind im Grundsatz Gegenstand der Gewährleistungssicherheit. Auf der anderen Seite zeigt aber der Vergleich mit der Abnahme unter dem Vorbehalt der Mängel,¹² dass derartige Ansprüche noch als Ansprüche aus der Erfüllungsphase zu deuten sein können.

Maßgebend für die Antwort auf diese Frage ist zunächst die Formulierung der Bürgschaftserklärung.¹³ Lässt sich dieser Erklärung keine Antwort entnehmen, so spricht sich ein erheblicher Teil der Literatur dafür aus, dass die Erfüllungsbürgschaft und nicht die Mängelbürgschaft eingreift.¹⁴

Zur Begründung wird angeführt, vor der Abnahme rühre der Anspruch auf Beseitigung der Abweichungen vom Vertragszoll aus dem Erfüllungsanspruch her oder stehe diesem Anspruch zumindest näher.¹⁵ Diese Begründung trifft für Mängel zu, die sich der Besteller bei der Abnahme vorbehalten hat. Ob dies aber auch dann gilt, wenn der Erfüllungsanspruch untergegangen ist, erscheint zweifelhaft.

Für die Gegenauffassung¹⁶ spricht die Überlegung, dass durch das Entstehen des Abrechnungsverhältnisses der Werklohn im Grundsatz verdient ist. Dies ist für die Höhe der Sicherheit ein entscheidender Punkt: Während die Erfüllungssicherheit mit 10 % vereinbart werden kann, weil damit die Phase vor der Fälligkeit der Vergütungsforderung erfasst wird, wird nach Eintritt der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs dem Unternehmer durch die Sicherheit der verdiente Lohn vorenthalten. Deshalb beschränkt man die Höhe des Einbehalts und auch der Sicherheit in dieser Phase auf 5 %.¹⁷ Dies könnte dafür sprechen, nach dem Eintritt des Abrechnungsverhältnisses die Erfüllungsphase zu beenden, so dass nur noch die Mängelbürgschaft eingreift.

Damit würde jedoch der Sinn der Erfüllungsbürgschaft unterlaufen. Der Besteller will mit dieser Sicherheit gerade die mangelfreie Erstellung absichern. Wird die mangelfreie Erstellung nicht erreicht und verweigert der Besteller deswegen die Abnahme, so spricht mehr dafür, die verbleibenden Ansprüche als durch die Erfüllungsbürgschaft gesichert anzusehen.¹⁸ Zwingend ist dieses Argument nicht, so dass die Frage letztlich noch offen ist. Sie wird aber im weiteren Verlauf der Überlegungen noch einmal aufgegriffen.

2. Die Grundlagen des Abrechnungsverhältnisses in der Rechtsprechung

Wenn der BGH also durchaus mit gutem Grund die Mängelrechte vor der Abnahme an das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs knüpft, so stellt sich die Folgefrage, ob damit der Begriff des Abrechnungsverhältnisses neu definiert wird. Dieser im Gesetz nicht geregelte Begriff wird oft als nebulös und unklar kritisiert,¹⁹ so dass es erheblich zur Rechtssicherheit beitragen würde, wenn der Begriff des Abrechnungsverhältnisses durch die Koppelung an das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs konkretisiert werden könnte.

Ob man eine solche Trendwende der Rechtsprechung zum Beginn der Mängelrechte entnehmen kann, erscheint mir jedoch zweifelhaft. Das Abrechnungsverhältnis wird in sehr unterschiedlichen Zusammenhängen relevant.²⁰ Dabei wird diese Rechtsfigur häufig dazu verwendet, für den Unternehmer negative Folgen zu vermeiden, indem die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs begründet wird. Setzt man das Abrechnungsverhältnis mit dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs gleich, so wird dieser Umstand vielfach von einer Entscheidung des Bestellers abhängen, so dass die Vorteile, die der Unternehmer aus dieser Rechtsfigur ziehen kann, nicht mehr ohne Weiteres sichergestellt werden können. Es spricht deshalb mehr dafür, zwischen dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs und dem Abrechnungsverhältnis zu unterscheiden, auch wenn damit der Begriff des Abrechnungsverhältnisses weiterhin konturlos bleibt. Immerhin gibt es damit einen Kern dieses Begriffs, der relativ klar umrissen ist.

III. Die Rechtsposition des Bestellers vor dem Entstehen der Mängelrechte

1. Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs

Bereits im Vorfeld der BGH-Entscheidung wurde von Vertretern der Praxis immer wieder auf die Probleme für den Besteller verwiesen, wenn diesem Mängelrechte im Grundsatz erst nach der

Abnahme zustehen. Das Beispiel der mangelhaften Bodenplatte, auf welcher der Unternehmer das Gebäude immer weiter errichtet, wurde viel bemüht, um zu zeigen, in welchem Maße dem Besteller die Hände gebunden sind, wenn er vertragswidrige Elemente nicht schon während der Bauphase korrigieren lassen kann.²¹ Der BGH verteidigt seine Lösung gegen diese Bedenken mit dem Hinweis, der Besteller könne den Erfüllungsanspruch durchsetzen. Dieser könne notfalls nach den Regeln der Vollstreckung einer vertretbaren Handlung über [§ 887 ZPO](#) vollstreckt werden.²²

a) Klage auf künftige Leistung im Zeitraum vor Eintritt der Fälligkeit

Bei der Klärung, wie dies im Einzelnen geschehen soll, betritt man allerdings Neuland, denn soweit ersichtlich ist niemand diesen Weg bislang gegangen.²³ Deshalb sollen im Folgenden einige erste Überlegungen zu diesem – wie wir sehen werden, recht dornenreichen – Weg angestellt werden:

Der Erfüllungsanspruch des Bestellers entsteht mit dem Vertragsschluss und richtet sich auf das Erreichen des vereinbarten Erfolgs zu dem vereinbarten Zeitpunkt. In der Errichtungsphase besteht damit zwar der Anspruch, es fehlt ihm aber an der Fälligkeit.²⁴ Dies bedeutet für die Durchsetzung und die Vollstreckung, dass in diesem Zeitraum der Erfüllungsanspruch weitgehend wertlos sein dürfte. Denn der Anspruch richtet sich nicht darauf, dass innerhalb der Erfüllungsphase zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmter Grad der (mangelfreien) Erfüllung erreicht wird, sondern dass zu einem bestimmten Fertigstellungszeitpunkt der geschuldete Erfolg erreicht wird.²⁵

Damit kann auch eine Klage auf künftige Leistung nach [§ 259 ZPO](#) nur darauf gerichtet sein, dass das Werk zum geschuldeten Zeitpunkt errichtet wird. Eine solche Klage kann bereits vor diesem Zeitpunkt zulässig sein, wenn der Unternehmer die Abweichung der erbrachten Leistung vom geschuldeten Vertragsoll bestreitet und damit die Besorgnis besteht, dass er sich der geschuldeten Leistung entziehen werde.²⁶ Dies ändert aber nichts daran, dass Gegenstand der Klage die Leistung im Fälligkeitszeitpunkt ist. Als vergleichbaren Fall, in dem man eine Klage nach [§ 259 ZPO](#) für zulässig hält, kann man an eine Räumungsklage vor Ende der Mietlaufzeit denken, wenn der Mieter den Kündigungsgrund bestreitet.²⁷

Auch wenn eine solche auf künftige Leistung gerichtete Klage in der Erfüllungsphase keine Beseitigung der Abweichung vom Vertragsoll ermöglicht, kann sie für den Besteller im Einzelfall hilfreich sein, weil auf diese Weise geklärt werden kann, dass die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß sind und der Unternehmer diese bis zum Fertigstellungszeitpunkt verändern muss.

b) Bestimmtheit des Klageantrags

Auch wenn die Hürde des [§ 259 ZPO](#) genommen werden kann, hat die Klage auf Erfüllung ihre Tücken. Sie betreffen zunächst die Phase vor dem Fertigstellungszeitpunkt; dieselben Probleme stellen sich aber auch nach dem Eintritt der Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs.

Um eine Klage nach [§ 887 ZPO](#) vollstrecken zu können, muss sie auf Leistung einer vertretbaren Handlung gerichtet sein. Überlegt man nun, welchen Klageantrag der Besteller stellen sollte, zeigen sich bereits einige Schwierigkeiten:

Der Antrag, den Unternehmer zu verpflichten, alle Handlungen vorzunehmen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs erforderlich sind, dürfte nicht hinreichend bestimmt sein.²⁸ Der Unternehmer würde einen solchen Klageanspruch auch kaum bestreiten, denn der eigentliche Streit dreht sich nicht über diese Verpflichtung, sondern es geht darum, ob seine Leistung erfüllungstauglich ist oder ob er noch Änderungen vornehmen muss, damit der Besteller zur Abnahme verpflichtet ist.

Aber selbst wenn man einen solchen Antrag für zulässig hielte, würde damit der Streit über die Abweichungen der erbrachten Leistung vom vertraglich geschuldeten Erfolg nur in das Vollstreckungsverfahren verschoben: Der Besteller müsste für die gerichtliche Ermächtigung, bestimmte Handlungen auf Kosten des Unternehmers vornehmen zu dürfen, jeweils zeigen, dass diese konkrete Handlung erforderlich ist, um den Erfolg zu erreichen. Dabei müsste er auch aufzeigen, auf welche Weise er selbst die Handlung vornehmen möchte, denn nur auf dieser Grundlage wird er den Vorschuss beziffern können, den er nach [§ 887 Abs. 2 ZPO](#) vom Unternehmer verlangen kann.²⁹

Eine solche Lösung ist zwar theoretisch denkbar, aber kaum umsetzbar und mit der Grundstruktur des Zivilprozesses und seiner Trennung³⁰ zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren auch kaum vereinbar.

Beginnt der Besteller deshalb damit, die aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen bereits im Klageantrag aufzuzählen, so wird ihm mit Recht entgegengehalten werden, dass sogar beim Mangelbeseitigungsanspruch dem Unternehmer die Wahl überlassen werden muss, wie er den Mangel beseitigt.³¹ Der Besteller hat in der Regel keinen Anspruch auf Vornahme einer bestimmten Handlung, die den Erfolg herbeiführen soll.³² Dies gilt für die Mangelbeseitigung, aber es muss umso mehr auch für das Stadium vor der Abnahme gelten.

Es bleibt damit nur der Weg, wie bei einer Mangelklage die Fehlleistung zu benennen und dem Unternehmer zu überlassen, wie er den Erfolg erreicht.³³ Erst auf der Ebene der Vorschussklage muss der Besteller dann darlegen, welche Maßnahme er durchführen will.

c) Auswirkungen auf Folgeprozesse: Einheitlicher Erfüllungsanspruch – Vielzahl von Mängelansprüchen

Aber nun stellen sich schwierige Fragen des Streitgegenstands: Im Mangelstadium bezieht sich der Anspruch stets auf den einzelnen Mangel;³⁴ werden mehrere voneinander unabhängige Mängel gerügt, so gibt es eine entsprechende Anzahl unterschiedlicher Ansprüche. So kann der Besteller zunächst die Beseitigung des Mangels 1 verlangen und dann später auf Beseitigung des Mangels 2 klagen. Möglich ist es auch, hinsichtlich des einen Mangels die Minderung zu erklären, aber dennoch auf Beseitigung eines anderen Mangels zu klagen. Es kann auch hinsichtlich eines Mangels die Verjährung gehemmt sein, während andere Mängelansprüche bereits verjährt sind.

Aber gilt diese Aufteilung auf mehrere Ansprüche, die sich jeweils auf einzelne Mängel beziehen, auch für den Erfüllungsanspruch, obwohl dieser doch darauf gerichtet ist, einen (einheitlichen) Erfolg zu erreichen?

Diese Frage ist nicht nur dogmatisch interessant und bisher meines Wissens nach nicht aufgearbeitet, sondern von ihrer Beantwortung hängen praktisch sehr wichtige Folgen ab.

Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Erfüllungsanspruch in diesem Stadium sich wie der spätere Nacherfüllungsanspruch aus einer Vielzahl von Einzelansprüchen zusammensetzt, die sich jeweils auf die Beseitigung der Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit beziehen, so könnte der Besteller auf der Grundlage des Erfüllungsanspruchs unterschiedliche Abweichungen in unterschiedlichen Prozessen geltend machen: Klagt er zunächst auf Erfüllung hinsichtlich der Abweichung 1, so wäre er nicht gehindert, später Erfüllung hinsichtlich der Abweichung 2 zu verlangen.

Geht man, um sich der Lösung zu nähern, noch einmal einen Schritt zurück und überlegt, was Inhalt des Anspruchs ist, so erscheint eine solche Aufteilung problematisch, denn versprochen ist ja das Erreichen eines einheitlichen Erfolges. Man wird dabei eine Leistungsklage auf das Erreichen des Erfolgs unter Beseitigung eines konkret benannten Mangels auch nicht als Teilklage ansehen können, weil dieser Erfolg unteilbar ist.

Anders verhält es sich, wenn sich das Erfolgsversprechen auf unterschiedliche Teile bezieht und sich die Klage auf nur einen dieser Teile beschränkt. Ist etwa im Vertrag die Errichtung von zwei Gebäuden mit der Teilabnahme für jedes Gebäude vereinbart, so kann der Besteller den Erfüllungsanspruch für jedes Gebäude gesondert durchsetzen. Klagt er den Erfüllungsanspruch für ein Gebäude ein, so ist der Besteller nicht gehindert, erneut Klage auf Erfüllung hinsichtlich des zweiten Gebäudes zu erheben.

Während bei der Teilabnahme die Frage noch recht einfach zu beantworten ist, wird die Frage einer Aufteilung des Erfüllungsanspruchs schwieriger, wenn man an die Aufteilung nach Gewerken denkt: Wäre es bei einem Generalunternehmervertrag über die Errichtung eines Bürogebäudes möglich, auf Erfüllung hinsichtlich der Elektroarbeiten zu klagen, weil der Besteller gerade in diesem Bereich bereits jetzt Leistungsdefizite sieht?

Für eine solche Aufteilung des Erfolgs könnte man die Regelung in [§ 648a Abs. 2 BGB](#) heranziehen. Wenn der Besteller eine Teilkündigung hinsichtlich des Elektrogewerks aussprechen kann, so kann er damit den einheitlichen Erfüllungsanspruch aufteilen. Nimmt er dann das gekündigte Teilgewerk ab, würden ihm bezogen auf dieses Teilgewerk isolierte Mängelansprüche zustehen, obwohl er hinsichtlich der anderen Leistungen noch Erfüllung verlangen kann.

Es spricht deshalb meines Erachtens einiges dafür, eine solche Aufteilung des Erfüllungsanspruchs auch bei der Klage auf Erfüllung zuzulassen. Erforderlich ist dafür eine Einschränkung des Klageantrags auf die vertragsgemäße Herstellung der vereinbarten Leistung im Bereich des entsprechenden Gewerks.

d) Zwischenergebnis

Damit ergibt sich für die Klage auf Erfüllung folgendes Zwischenergebnis: Ein Anspruch auf Beseitigung der Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit ist vor dem vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt nicht fällig. Auch wenn die Voraussetzungen des [§ 259 ZPO](#) erfüllt sind, kann der Besteller sich erst nach diesem Zeitpunkt zur Vornahme der entsprechenden Handlungen ermächtigen lassen.

Der Klageantrag ist auf das Erreichen des versprochenen Erfolgs zu richten. Dabei sollten die streitigen Abweichungen im Klageantrag benannt werden. Der Klageantrag kann auf die Erfüllung von Teilen des geschuldeten Erfolgs beschränkt werden, wenn im Vertrag eine Teilabnahme vereinbart ist. Denkbar, aber noch nicht gesichert ist es, auch ohne vertragliche Vereinbarung eine Aufteilung nach abgeschlossenen Teilleistungen i.S.d. [§ 648a Abs. 2 BGB](#) zuzulassen.

e) Auswirkungen

Welche Folgen es hat, wenn man eine auf Teilleistungen beschränkte Erfüllungsklage zulässt, lässt sich an dem Beispiel eines Generalunternehmers mit Leistungsdefiziten im Gewerk Elektro verdeutlichen:

Der Besteller klagt auf Erfüllung eines Vertrages über die Errichtung eines Bürogebäudes und weist in der Klagebegründung auf die Leistungsdefizite im Elektrogewerk hin. Die Klage ist zulässig; eine Aufzählung der vom Besteller für erforderlich gehaltenen Maßnahmen zur Beseitigung der Abweichung ist nicht erforderlich und nicht sinnvoll, weil dem Unternehmer überlassen werden muss, wie er den Erfolg erreicht. Das Urteil kann der Besteller nach [§ 887 ZPO](#) vollstrecken. Dabei ergibt sich aus der Klagebegründung, dass sich die Handlungen, zu deren Vornahme sich der Besteller ermächtigen lassen kann, auf die Leistungsabweichungen im Elektrogewerk beziehen müssen. Stellt der Besteller weitere, in der Klagebegründung nicht erwähnte Leistungsabweichungen – etwa bei den Sanitärleistungen – fest, kommt insoweit eine Vollstreckung nach [§ 887 ZPO](#) nicht in Betracht.

Streitgegenstand der Erfüllungsklage ist aber der Anspruch, den der Besteller geltend macht. Mit der erhobenen Klage begehrt der Besteller die Verurteilung zum Erreichen des gesamten Bürogebäudes. Damit bildet der Anspruch auf Erreichen des Erfolgs den Streitgegenstand. Diese Entscheidung müsste damit einer zweiten Klage entgegenstehen, die sich auf Erfüllung hinsichtlich einer anderen Abweichung bezieht. Lässt man dagegen trotz der vertraglichen Verpflichtung zur Errichtung eines gesamten Bürogebäudes eine Klage zu, die sich auf die Erfüllung im Gewerk Elektro beschränkt, so kann der Besteller dieses Risiko reduzieren, weil damit eine zweite Klage, die sich auf die Erfüllung in einem anderen Bereich bezieht, nicht gesperrt wäre.

Eng verwandt mit dieser Problematik ist die Frage, ob der Besteller hinsichtlich einzelner Leistungsdefizite die Erfüllung ablehnen und in ein Abrechnungsverhältnis übergehen kann. Dies hätte für den Besteller den Vorteil, dass er hinsichtlich dieser Abweichung nun Minderung oder Schadensersatz verlangen und hinsichtlich der Leistung im Übrigen noch den Erfüllungsanspruch geltend machen kann. Insbesondere könnte der Besteller so erreichen, dass hinsichtlich des Werkes im Übrigen die Verjährung der Mängelansprüche noch nicht beginnt.

Auch diese Frage ist noch ungeklärt. Man wird sie meines Erachtens in gleicher Weise wie bei der Erfüllungsklage beantworten müssen: Soweit Teilabnahmen vereinbart sind, kann das Abrechnungsverhältnis für jeden Teil gesondert begründet werden. Sind Teilabnahmen nicht vorgesehen, stellt sich wiederum die Frage nach einer Teilung nach Maßgabe des [§ 648a Abs. 2 BGB](#). Im Beispielsfall könnte der Besteller hinsichtlich der Elektroarbeiten den Erfüllungsanspruch aufgeben und Mängelansprüche geltend machen, während er hinsichtlich der anderen Arbeiten die Abnahme verweigert, aber weiterhin Erfüllung verlangt.

Folgt man dieser Lösung, so nimmt man in Kauf, dass die einheitliche Abnahme aufgespalten wird und damit durchaus erhebliche Belastungen für den Unternehmer entstehen: Die Verjährung beginnt nun nicht einheitlich nach [§ 634a BGB](#) für alle Mängelansprüche, sondern es kommt zu unterschiedlichen Verjährungszeiträumen. Diese Belastung scheint mir aber hinnehmbar zu sein, denn es verhält sich nicht anders als bei einer Teilkündigung, bei der ebenfalls hinsichtlich des gekündigten Teils gesonderte Verjährungsfristen laufen, die mit der Abnahme des Teilwerks oder eben mit dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis bezogen auf dieses

Teilwerk beginnen. Zugleich bietet eine solche Teilung, die der Wertentscheidung des Gesetzgebers in [§ 648a Abs. 2 BGB](#) entspricht, Vorteile für den Unternehmer: Wenn der Erfüllungsanspruch hinsichtlich der Gewerke außerhalb des Elektrogewerks trotz des Abrechnungsverhältnisses bezogen auf das Elektrogewerk beibehalten wird, so kommt dies dem Unternehmer zugute, weil dieser eventuelle Leistungsabweichungen in diesen anderen Gewerken noch selbst beseitigen kann und der Besteller nicht auf Minderung oder Schadensersatz zurückgreifen kann. Diese Lösung ist insbesondere in Fällen sachgerecht, in denen die erhebliche Störung des Vertrauensverhältnisses sich nicht auf die Arbeiten des Unternehmers insgesamt bezieht, sondern auf den Einsatz von Subunternehmern zurückzuführen ist.

Nicht möglich ist es dagegen, das Abrechnungsverhältnis nur für einzelne Leistungsdefizite zu begründen. Dadurch würde die Funktion der Abnahme unterlaufen und der Unternehmer in ganz erheblicher Weise benachteiligt. [§ 634a BGB](#) führt zu einem einheitlichen Beginn der Verjährung, der für alle Mängelansprüche – und gerade auch für die wegen noch nicht entdeckter Mängel – gilt. Diese Schutzfunktion für den Unternehmer, der während der Mängelphase noch mit einer Inanspruchnahme rechnen muss, würde durch eine so weitgehende Parzellierung des Abrechnungsverhältnisses entfallen.

2. Die einstweilige Verfügung nach [§ 650d BGB](#) als Ausweg?

Wie die Überlegungen gezeigt haben, hilft der Erfüllungsanspruch während der Bauphase dem Besteller wenig. Selbst wenn man die Voraussetzungen des [§ 259 ZPO](#) bejaht, weil der Unternehmer die Abweichung vom geschuldeten Vertragsoll bestreitet, richtet sich der Anspruch nur auf die Erzielung des zugesagten Erfolgs zum vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt.

Eine Lösung, die ich nicht für richtig halte, die aber in der Rechtsprechung³⁵ und vor allem in der Literatur³⁶ unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs³⁷ durchaus Anklang findet, könnte in [§ 650d BGB](#) bestehen. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung kann hinsichtlich der Vergütungspflicht des Bestellers eine Leistungsverfügung ergehen, die bereits während der Erfüllungsphase durchgesetzt werden kann.³⁸ Folgt man diesem Weg, so wird man dem Besteller im umgekehrten Fall die Leistungsverfügung kaum verwehren können. Damit könnte der Besteller hinsichtlich der Teile, die er für nicht ordnungsgemäß erbracht hält, eine Leistungsänderung anordnen und diese ggf. über [§ 650d BGB](#) schon in der Erfüllungsphase durchsetzen. Dies wird zwar möglicherweise Zusatzkosten auslösen, würde ihm aber zumindest die Möglichkeit geben, bereits in der Erfüllungsphase tätig zu werden.

Bereits diese Überlegung zeigt meines Erachtens, dass es sich bei der Auslegung des [§ 650d BGB](#) als Befriedigungsverfügung um einen Irrweg handelt.³⁹ Der Besteller kann sich gerade nicht vor dem

Fertigstellungstermin in die Herstellung einmischen, weil der Unternehmer den Erfolg erst zu dem Fertigstellungstermin versprochen hat. Daran ändert sich durch die Änderung des Erfolgs nichts.

3. Auswirkungen auf die Abschlagszahlungsverpflichtung

Beschränkt man die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs auf den Zeitraum nach dem Fertigstellungstermin und verwirft man den Weg über eine einstweilige Verfügung, so wird die Frage wieder relevant, ob der Besteller tatenlos zusehen muss, wie das Werk abweichend von den vertraglichen Vereinbarungen errichtet wird.

Dies ist meines Erachtens nicht der Fall. Eine sehr einfache und im Gesetz angelegte Möglichkeit für den Besteller besteht darin, die Abschlagszahlungen um die Mängelbeseitigungskosten zuzüglich Druckzuschlag zu kürzen. Dies ist nach [§ 632a Abs. 1 S. 4 BGB](#) ohne Weiteres möglich.⁴⁰ Die Vorstellung, ein Unternehmer werde auf einer mangelhaft errichteten Bodenplatte das Hochhaus immer weiter errichten, erweist sich angesichts dieser Möglichkeit als fernliegend. Da die Mängelbeseitigungskosten in einem solchen Fall auch die Kosten für die Freilegung der Bodenplatte umfassen, steigen die Kosten bei einem Weiterbau. Da sich das Leistungsverweigerungsrecht an den (um den Druckzuschlag erhöhten) Mängelbeseitigungskosten orientiert, weitet sich durch den Weiterbau auch die Druckposition des Bestellers aus. Natürlich wäre es denkbar, dass der Unternehmer auf eigene Kosten und ohne Abschlagszahlungen zu erhalten immer weiter baut. Aber wesentlich näher liegt es doch, dass der Unternehmer entweder die Abschlagsforderung einklagt und in diesem Rahmen die Abweichung von der vertraglichen Vereinbarung geklärt wird oder er die Leistungen einstellt.

4. Rechte des Bestellers nach [§ 323 Abs. 4 BGB](#)

Für die ohnehin wohl eher theoretischen Fälle des Weiterbaus bleibt dem Besteller noch immer die Möglichkeit, den Vertrag nach [§ 323 Abs. 4 BGB](#) zu kündigen. Dabei besteht auch die Möglichkeit einer Teilkündigung nach [§ 648a Abs. 2 BGB](#). Dieses Kündigungsrecht bei einem Weiterbau nach Mängelrüge wurde auch jüngst vom OLG Bremen⁴¹ bestätigt.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf eine Verjährungsfrage, die leicht zu übersehen ist: Der Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten der Fertigstellung nach einer solchen Kündigung verjährt nach einer neueren Entscheidung des BGH nicht in der Frist des [§ 634a BGB](#), sondern nach den allgemeinen Regeln.⁴² Dies gilt auch dann, wenn die Kündigung letztlich auf einem Mangel der Leistung beruht. Dagegen verjähren die Kostenersatzansprüche für die Behebung der mangelhaften Leistung nach der Kündigung nach [§ 634a BGB](#), weil der BGH ja davon ausgeht, dass sich der Erfüllungsanspruch durch die Kündigung auf die erbrachten Leistungen

beschränkt,⁴³ für diese aber stehen – nach der Abnahme oder dem Übergang in das Abrechnungsstadium – die Mängelrechte zur Verfügung.

5. Klage auf Feststellung der Abweichung vom vertraglich Vereinbarten?

Nur der Vollständigkeit halber sollen noch zwei Möglichkeiten erwähnt werden, die vom Besteller möglicherweise erwogen werden, die aber meines Erachtens letztlich nicht hilfreich sind.

Eine Klage während der Bauphase auf Feststellung, dass die Bauleistung nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht, dürfte wohl nicht erfolgversprechend sein. Fraglich ist bereits das Feststellungsinteresse;⁴⁴ jedenfalls aber ist die Klage unbegründet, weil sich die vertragliche Vereinbarung auf das Erreichen des geschuldeten Erfolgs im Fertigstellungszeitpunkt bezieht. Da der Besteller während der Erfüllungsphase keinen Anspruch darauf hat, dass der Bautenstand den Vereinbarungen entspricht,⁴⁵ kann eine solche Feststellungsklage nicht erfolgreich sein. Auch das Begehren festzustellen, dass der Besteller auf der Grundlage dieser Leistung nicht zur Abnahme verpflichtet ist, wird unzulässig sein, da es vor dem Fertigstellungstermin an einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis fehlt.⁴⁶

6. Schadensersatz nach [§ 280 BGB](#)

Ebenfalls nicht zielführend wird es sein, bereits in der Erfüllungsphase Schadensersatzansprüche wegen Mangelfolgeschäden geltend zu machen. Zwar kann es Fälle geben, in denen bereits während der Erfüllungsphase erkennbar wird, dass das Bauwerk wegen der Abweichungen nicht termingerecht genutzt werden kann, so dass man an einen Schadensersatzanspruch wegen des Nutzungsausfalls denken könnte; aber auch hier ist zu beachten, dass der Unternehmer seine Pflichten durch eine fehlerhafte Leistung in der Erfüllungsphase nicht verletzt, sondern nur versprochen hat, den Erfolg im Fertigstellungszeitpunkt zu erreichen. Damit fehlt es im Erfüllungsstadium an einer Pflichtverletzung, so dass ein Anspruch auf Schadensersatz nicht erfolgreich durchgesetzt werden kann.

IV. Vertragliche Vereinbarungen

Lassen Sie mich zum Schluss noch kurz auf die Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen zu den Rechten des Bestellers in der Erfüllungsphase kommen.

1. Beseitigung vertragswidriger Bauleistungen nach [§ 4 Abs. 7 VOB/B](#)

Seinem Wortlaut nach gibt [§ 4 Abs. 7 VOB/B](#) dem Besteller die Möglichkeit, bereits während der Erfüllungsphase die Beseitigung vertragswidriger Bauleistungen zu verlangen und nach Setzen einer Frist den Vertrag zu kündigen. Damit würde in der Tat während der Bauphase eine Klage auf Erfüllung dieser Verpflichtung möglich sein, die der Besteller auf diesem Wege notfalls über [§ 887 ZPO](#) vollstrecken könnte.

Wie wir gesehen haben, entspricht dies nicht dem Leitbild des BGB, so dass die Klausel bei diesem Verständnis jedenfalls einer Inhaltskontrolle nicht standhalten dürfte.⁴⁷ Sie steht auch im Widerspruch zu der Rechtsprechung zum Beginn der Mängelrechte erst mit der Abnahme. Sie kann auch nicht als Konkretisierung des Erfüllungsanspruchs verstanden werden, weil sie dann vom punktuellen Leistungsbegriff⁴⁸ abweicht: Der Unternehmer verspricht den Erfolg, nicht die kontinuierliche Bautätigkeit in Übereinstimmung mit den vertraglichen Vorgaben.⁴⁹

Richtigerweise wird man die Regelung deshalb nur so verstehen können, dass sie die Möglichkeit der Kündigung des Vertrages nach [§ 323 Abs. 4 BGB](#) konkretisiert und erweitert.⁵⁰

2. Vertragliche Strukturierung der Erfüllungsphase durch Teilabnahmen

Ohne Weiteres möglich ist es, die Erfüllungsphase durch die Vereinbarung von Teilabnahmen zu strukturieren. Wie bereits ausgeführt, kann der Besteller dann hinsichtlich dieser Teilerfolge nach der Teilabnahme Mängelrechte geltend machen oder auch beschränkt auf den Teilerfolg in das Abrechnungsstadium übergehen, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

3. Vertragliche Strukturierung der Erfüllungsphase durch Zwischenfristen und Vertragsstrafen

Vielfach wird in Verträgen durch Vertragsfristen vereinbart, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmter Bautenstand erreicht sein muss. Nach der ganz überwiegenden Auffassung begründet eine solche Vereinbarung die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs für den zu dem Zwischentermin vereinbarten Zeitpunkt.⁵¹

Folgt man dieser Auffassung, so ergeben sich für den Besteller neue Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung: Er könnte in der Erfüllungsphase nach Ablauf der Vertragsfrist den Erfüllungsanspruch bezogen auf die Teilleistung geltend machen und so Abweichungen von der vertraglich geschuldeten Leistung beseitigen lassen. Dabei stünde dem Besteller auch die Zwangsvollstreckung nach [§ 887 ZPO](#) offen.

Die Ausführungen zum BGB haben gezeigt, wie weit sich die VOB/B vom gesetzlichen Bauvertragsrecht entfernt, wenn man dieser Auslegung folgt. Es wird damit ein Zeitraum geschaffen, der von dem Ablauf der Zwischenfrist bis zum Abnahmezeitpunkt reicht und innerhalb dessen der Besteller erkannte Mängel beseitigen lassen kann, ohne dass die Verjährungsfrist für Mängelansprüche anläuft.

Ob eine so weitgehende Belastung des Unternehmers einer Inhaltskontrolle standhält, erscheint mir deshalb durchaus zweifelhaft. Will der Besteller eine solche Strukturierung und die über eine Kündigungsmöglichkeit hinausgehenden verbundenen rechtlichen Möglichkeiten, so bietet das BGB die Teilabnahme als Möglichkeit an. Dagegen erscheint es mir problematisch, die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs zu bejahen, Ansprüche auf Beseitigung von Abweichungen zu gewähren, aber zugleich einen Anspruch auf Teilabnahme zu versagen.

Dies wird in der Literatur allerdings auch anders gesehen. Dort wird darauf verwiesen, der VOB/B-Vertrag weise anders als der Werkvertrag auch eine tätigkeitsbezogene Dimension auf.⁵² Es sei gerade die Besonderheit des VOB/B-Vertrages, dass eine zeitliche Strukturierung erfolge und nicht nur das Erreichen des Erfolges versprochen ist. Insofern könne der VOB/B-Vertrag nicht am Leitbild des BGB gemessen werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass seit der Regelung des Bauvertrags im BGB das Leitbild des Bauvertrages feststeht: Nach diesem Leitbild wird nur der Erfolg versprochen, ohne dass Zwischenerfolge vereinbart sind. Dies schließt nicht aus, eine Pflicht zur angemessenen Förderung des Vorhabens zu vereinbaren und bei deren Verletzung den Vertrag nach Maßgabe des [§ 5 Abs. 4 VOB/B](#) zu kündigen.⁵³ Diese Regelung in der VOB/B dient nur dazu, die mit [§ 323 Abs. 4 BGB](#) verbundene Unsicherheit zu beseitigen, die aus der Ungewissheit resultiert, ob die geschuldete Leistung im Fälligkeitszeitpunkt doch noch erbracht werden kann. Bei einem solchen Verständnis ist [§ 5 VOB/B](#) mit dem gesetzlichen Leitbild des BGB durchaus vereinbar. Dagegen erscheint mir ein Verständnis der Vertragsfristen, nach dem diese die Fälligkeit des (Teil-)Erfüllungsanspruchs begründen, mit dem Leitbild des BGB unvereinbar, so dass eine auf die Vereinbarung von Vertragsfristen gestützte Erfüllungsklage nicht erfolgreich sein wird.

Dies kann zum Abschluss an dem bereits erwähnten Beispiel verdeutlicht werden: Hat der Besteller mit dem Generalunternehmer vereinbart, dass bei einem Fertigstellungstermin zum 1.10. die Elektroarbeiten am 1.5. vertragsgemäß abgeschlossen sein müssen, und ist der Besteller der Auffassung, dass die Elektroarbeiten nicht vertragsgemäß ausgeführt wurden, so kann der Besteller meines Erachtens nicht am 1.5. den Erfüllungsanspruch geltend machen. [§ 5 Abs. 1 VOB/B](#) ist hier nicht einschlägig, weil der Unternehmer weder mit dem Beginn der Arbeiten noch mit der Vollendung in Verzug ist. [§ 5 Abs. 4 VOB/B](#) ist nicht anwendbar, weil es um Abweichungen vom vertraglich vereinbarten Soll geht und nicht um unzureichenden Personaleinsatz. Eine so weitgehende

Abweichung vom System des BGB, dass mit der Regelung letztlich der Besteller während der Erfüllungsphase in die Erstellung des Werks eingreifen kann, ist damit der VOB/B meines Erachtens nicht zu entnehmen.

V. Ergebnis

Die Überlegungen haben eine Fülle von Problemen aufgezeigt, die zu einem großen Teil noch nicht abschließend gelöst werden können. Als Ergebnis kann aber festgehalten werden, dass eine Erfüllungsklage mit der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung nach [§ 887 ZPO](#) vor dem Fertigstellungstermin nicht erfolgreich sein wird. Dies gilt auch bei der Vereinbarung von Vertragsfristen.

Nach dem Fertigstellungstermin kann eine Erfüllungsklage sinnvoll sein; da aber noch ungeklärt ist, ob sich der Erfüllungsanspruch in diesem Stadium vergleichbar den Mängelansprüchen in einzelne Ansprüche auf Behebung von Abweichungen zerlegen lässt, ist die Erfüllungsklage mit Risiken verbunden. Noch nicht geklärt ist, ob es über die Möglichkeit der vereinbarten Teilabnahme hinaus eine Aufteilung der Erfüllungsklage gibt. Zu denken ist hier an eine gewerkebezogene Betrachtung; als dogmatischer Ansatzpunkt könnte dazu die Teilbarkeit des vereinbarten Erfolgs durch Teilkündigung nach [§ 648a Abs. 2 BGB](#) dienen.

Trotz dieser Unklarheit ist der Besteller während der Erfüllungsphase nicht rechtlos gestellt. Ist er der Auffassung, dass die Leistungen nicht vertragsgemäß sind, so steht ihm gegenüber einem Abschlagszahlungsverlangen ein Leistungsverweigerungsrecht einschließlich des Druckzuschlags zur Seite. Weiterhin besteht die Möglichkeit einer Teilkündigung, wenn bereits jetzt offenkundig ist, dass der Unternehmer im Fertigstellungszeitpunkt keine abnahmereife Leistung vorlegen wird. Soweit die VOB/B vereinbart ist, werden die Kündigungsmöglichkeiten dort noch einmal konturiert. Aber auch bei Vereinbarung der VOB/B ist es dem Besteller verwehrt, vor Ablauf des Fertigstellungstermins durch eine Erfüllungsklage und ihre Vollstreckung in den Herstellungsprozess des Unternehmers einzugreifen.

Die gesetzlich nicht geregelte Figur des Abrechnungsverhältnisses bleibt unklar. Es wäre voreilig, sie mit dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs gleichzusetzen. Die Beschränkung des Abrechnungsverhältnisses auf Teile des geschuldeten Erfolgs ist bei vereinbarter Teilabnahme möglich. Denkbar wäre auch hier, eine gewerkebezogene Teilung zuzulassen. Für einzelne Abweichungen von der vertraglichen Vereinbarung den Übergang zum Abrechnungsverhältnis zuzulassen und damit die Minderung oder einen Schadensersatzanspruch zu eröffnen, wäre nicht sachgerecht, würde die Abnahme entwerten und den Unternehmer hinsichtlich der Verjährung über Gebühr benachteiligen. Letztlich sollte es deshalb dabei bleiben: Der Werkvertrag richtet sich auf das Erreichen eines Erfolgs. Der Unternehmer verspricht, diesen zu dem vereinbarten Termin zu erreichen. Wie und wann er das erledigt, ist seine Sache.

- ¹ Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.
- ² Inhaber der Professur für bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Wirtschaftsrecht der Philipps-Universität Marburg, Gutachter und Schiedsrichter.
- ³ BGH, NJW 2017, 1604 [\[BGH 19.01.2017 - VII ZR 301/13\]](#) ; NJW 2017, 1607 [\[BGH 19.01.2017 - VII ZR 235/15\]](#) ; [Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , BeckRS 2017, 102864.
- ⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 16.05.2019 – 8 U 42/18.
- ⁵ OLG Stuttgart, Urt. v. 11.07.2019 – 13 U 230/18.
- ⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.12.2017 – 5 U 124/16.
- ⁷ OLG München, Urt. v. 31.07.2018 – 28 U 3161/16.
- ⁸ BGH, NJW 2017, 1604 [\[BGH 19.01.2017 - VII ZR 301/13\]](#) Rdnr. 44 f.
- ⁹ Vgl. Vowinkel, NZBau 2019, 87 (88 ff.); vgl. auch Rodemann, FS Eschenbruch, S. 347 ff., 357.
- ¹⁰ Dazu Joussen, [BauR 2009, 319](#) ; Schmid/Senders, NZBau 2016, 474 (479).
- ¹¹ Zu dieser Problematik Voit in BeckOK BGB, 60. Edition Stand: 01.05.2020, § 634 Rdnr. 11.
- ¹² Siehe zu den unterschiedlichen Lösungsansätzen bereits Voit, [BauR 2011, 1063 \(1064 ff.\)](#) ; vgl. auch Langen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl. 2020, § 13 VOB/B Rdnr. 8 m.w.N.
- ¹³ OLG München, NZBau 2009, 517 (518) [OLG München 18.11.2008 - 28 U 3572/08] – vorbehaltene Mängel werden von Erfüllungssicherheit erfasst; so auch Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, 4. Edition Stand: 15.05.2018, Rdnr. 42; vgl. OLG Celle, [BauR 2019, 517 \(520\)](#) ; vgl. auch Wolff, in: Messerschmidt/Voit, 3. Aufl. 2018, Syst. Teil M Rdnr. 78 ff., 81; a.A. (auch vorbehaltene Mängel werden von Gewährleistungssicherheit erfasst) Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rdnr. 3008; ebenso LG Hannover IBR 2011, 1234; Klepper, NZBau 2009, 636 (638 f.).
- ¹⁴ [BGH, Urt. v. 01.07.2003 – XI ZR 363/02](#) , BeckRS 2003, 6252 (Wortlaut ist maßgebend; verbleibende Unklarheiten gehen zulasten des Gläubigers); allgemein zur Auslegung der Bürgschaftserklärung Madaus, in: BeckOGK, BGB, Stand: 01.09.2021, § 765 Rdnr. 38 f.
- ¹⁵ Wolff, in: Messerschmidt/Voit, 3. Aufl. 2018, Syst. Teil M Rdnr. 328 und 78 ff., 81; Hildebrandt, in: Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 5. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 33 ff.; vgl. Roquette/Fußy, NZBau 2013, 65 (67 f.); vgl. auch Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl. 2020, § 17 VOB/B Rdnr. 58 ff.
- ¹⁶ Wolff, in: Messerschmidt/Voit, 3. Aufl. 2018, Syst. Teil M Rdnr. 81.
- ¹⁷ Merl/Hummel, in: Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 6. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 1296 f.; Joussen, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 21. Aufl. 2020, § 17 Abs. 1 VOB/B Rdnr. 24; Rudolph/Koos, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. 2013, § 17 Abs. 1 Rdnr. 150; vgl. May, [BauR 2007, 187 \(188 ff.\)](#) .
- ¹⁸ Siehe dazu Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl. 2020, § 17 VOB/B Rdnr. 46.
- ¹⁹ Ausführlich dazu Oberhauser, [BauR 2015, 553 ff.](#)
- ²⁰ Schwenker, NJW 2017, 1579 (1581); Pause/Vogel, in: ibr-online-Kommentar, 24. Aktualisierung Stand: 07.06.2021, § 640 Rdnr. 32; vgl. auch Langen, FS Eschenbruch, S. 227 ff.
- ²¹ Vgl. Schmitz, FS Leupertz, S. 651 ff.
- ²² Siehe Klein, [BauR 2015, 358 \(360\)](#) ; so noch Krause-Allenstein in ibr-online-Kommentar, 13. Aktualisierung Stand: 23.11.2014, § 634 Rdnr. 17.
- ²³ BGH, NJW 2017, 1604 Rdnr. 38; vgl. auch Peters, [BauR 2012, 1297 \(1302 f.\)](#) – „Abhilfeanspruch“.
- ²⁴ Vgl. auch Jötten, [BauR 2021, 1 \(7\)](#) .
- ²⁵ Siehe nur BGH, NJW-RR 1997, 1376; zu dem Vergütungsanspruch BGH NJW 2002, 2640 [\[BGH 19.03.2002 - X ZR 125/00\]](#) .
- ²⁶ Vgl. Moufang, [BauR 2021, 876 \(882\)](#) .
- ²⁷ Zu der Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung siehe Becker-Eberhard, in: MünchKomm, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 259 Rdnr. 12 ff.
- ²⁸ Vgl. Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 259 Rdnr. 5; OLG Karlsruhe, NJW 1984, 2953 [OLG Karlsruhe 10.06.1983 - 9 RE-Miet 1/83].
- ²⁹ Vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 2058.
- ³⁰ Vgl. OLG Köln, OLGR 1996, 271; dazu Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 3224 ff.
- ³¹ BGH, NJW 2011, 2803 [\[BGH 29.06.2011 - VII ZB 89/10\]](#) Rdnr. 20; Seibel, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vorb. zu §§ 704 bis 945b Rdnr. 14.
- ³² Vgl. OLG München, NJW-RR 1988, 22 [OLG München 02.07.1987 - 28 W 1163/87]; vgl. auch Motzke, in: Motzke/Bauer/Seewald,

- Prozesse in Bausachen, 3. Aufl. 2018, § 4 Rdnr. 209; Quadbeck, MDR 2000, 570 (571); Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 3193 f.
- ³² Dazu BGH, NJW 2011, 1872 Rdnr. 17; NJW-RR 1997, 1106; vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2018 – 25 U 119/14 juris Rdnr. 109; Jötten, [BauR 2021, 1 \(7\)](#).
- ³³ Siehe dazu Genius, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020 Stand: 22.02.2021, § 635 BGB Rdnr. 33.
- ³⁴ Vgl. BGH, NJW 2018, 2863 [\[BGH 09.05.2018 - VIII ZR 26/17\]](#); Thode, jurisPR-PrivBauR 10/2018 Anm. 1; vgl. auch Schwenker/Rodemann, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 634 Rdnr. 17.
- ³⁵ KG, [BauR 2021, 823 ff.](#)
- ³⁶ Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650d Rdnr. 48 f.; vgl. auch Leicht, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020 Stand: 01.02.2020, § 650d Rdnr. 5; vgl. Retzlaff, [BauR 2017, 1781 \(1814 ff.\)](#); Oppler, NZBau 2018, 67 (69 f.); a.A. Sacher/Jansen, NZBau 2019, 20 (21 f.); offenlassend KG, NJW 2021, 83 [KG Berlin 06.04.2020 - 7 W 32/19].
- ³⁷ BT-Drucks. 18/8486, S. 54 f.
- ³⁸ KG, [BauR 2021, 823 ff.](#); s.a. von Kiedrowski, NJW 2021, 1709.
- ³⁹ Näher Voit, in: BeckOK BGB, 60. Edition Stand: 01.05.2020, § 650d Rdnr. 8 ff.
- ⁴⁰ Dazu Leupertz/Halfmeier, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 16. Aufl. 2021, § 632a BGB Rdnr. 6 ff.
- ⁴¹ OLG Bremen, Urt. v. 18.12.2020 – 2 U 107/19.
- ⁴² BGHZ 223, 260 (Verjährung der SE-Ansprüche wegen Mängeln einer Reinigungsleistung).
- ⁴³ BGH, NJW 1993, 1972; NJW 2003, 1450 [\[BGH 19.12.2002 - VII ZR 103/00\]](#).
- ⁴⁴ Zur Subsidiarität gegenüber der Leistungsklage vgl. BGH, NJW 2017, 1823 [\[BGH 21.02.2017 - XI ZR 467/15\]](#) Rdnr. 11 ff. (st.Rspr); vgl. auch Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 256 Rdnr. 12 ff., sowie Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 397.
- ⁴⁵ Vgl. zu vereinbarten Zwischenfristen aber Moufang, [BauR 2021, 876 \(882 f.\)](#).
- ⁴⁶ Vgl. auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 393 ff.
- ⁴⁷ Sienz, [BauR 2018, 376 \(386\)](#); ders., in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 21. Aufl. 2020, Anhang 3 Rdnr. 71; Mayr/von Berg, [BauR 2018, 877 \(880 f.\)](#); vgl. Vogelheim/Langjahr, in: Glöckner/v. Berg, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl. 2015, § 4 VOB/B Rdnr. 28; vgl. auch Voit, [BauR 2011, 1063 \(1076\)](#).
- ⁴⁸ Dazu ausführlich Voit, [BauR 2011, 1063 \(1065 f.\)](#); vgl. Moufang, [BauR 2021, 876 \(882\)](#); vgl. aber auch Althaus, FS Kainz, S. 1 ff. – mit einem weitergehenden Verständnis der Leistungspflicht.
- ⁴⁹ Näher dazu Voit, in: BeckOK BGB, 60. Edition Stand: 01.05.2020, § 634 BGB Rdnr. 3.
- ⁵⁰ Siehe Voit, [BauR 2011, 1063 \(1076\)](#); ders., FS Koeble, S. 225, 235 f.
- ⁵¹ Sacher, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 7. Aufl. 2020, § 5 VOB/B Rdnr. 86; Althaus, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. 2013, § 5 Abs. 1 Rdnr. 5 ff.; vgl. auch Moufang, [BauR 2021, 876 \(882 f.\)](#).
- ⁵² Althaus, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. 2013, § 5 Abs. 1 Rdnr. 5.
- ⁵³ Vgl. KG, Urt. v. 15.03.2004 – 26 U 28/03, BauR 2005, 1219; Kemper, in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens, VOB, 7. Aufl. 2020, § 5 VOB/B Rdnr. 38.

