

*Nacherfüllung, ernsthaftes endgültiges Ablehnen, Bestreiten von Mängeln*

## **Ist das Bestreiten von Mängel ein prozessuales Recht, das eine Nacherfüllungsbereitschaft vorbehält oder führt Bestreiten im Prozess zur Erfüllungsverweigerung?**

**Wird über die Einqualifizierung eines Sachverhalts als Mangel oder die Verantwortungszuweisung mehrerer Beteiligter gestritten, stellt sich für die in Anspruch genommenen Auftragnehmer und die diese vertretenden Anwälte die Frage der Positionierung zum Rechtssachverhalt. Häufig ist eine Nachbesserung beabsichtigt, aber erst wenn geklärt ist, dass man hierzu auch verpflichtet ist.**

### **Ausgangssituation:**

Unternehmern steht bei Mängeln üblicherweise die sogenannte zweite Chance im Wege einer Nacherfüllung zu, bevor Ansprüche in Geld entstehen. Diese Chance entfällt, wenn eine Frist zur Nacherfüllung erfolglos verstrichen ist. Dies ist manchmal schwer zu beurteilen. Ist die Frist für alle Mängel gesetzt worden, ist der Empfang der Fristsetzung nachweisbar, haben Nachbesserungsversuche stattgefunden und müssten nochmals Fristen gesetzt werden? Ist eine gesetzte Frist nach Treu und Glauben überholt? Braucht eine Frist wegen Erfüllungsverweigerung nicht mehr gesetzt zu werden?

### **Beispiel:**

(Nach BGH Urteil vom 18.9.2014, Az. VII ZR 58/13)

Der Kläger erwarb Eigentumswohnungen von der Beklagten, die diese zu sanieren hatte. Schon bei der Abnahme wurden Mängel aufgelistet. Teilweise wurden diese abgearbeitet.

Der Kläger erhob Schadensersatzklage. Im Rahmen dieser Klage bestritt die Beklagte das Vorliegen von Mängeln, bestritt ein Verschulden und vertrat außerdem die Auffassung, dass die Vertragsklauseln eine Eintrittspflicht ausschließen würden.

Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied, dass es bei dieser Sachlage ausgeschlossen war, dass die Beklagte noch bereit war, die Mängel zu beseitigen, so dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (nach anwendbarem Recht vor der Schuldrechtsmodernisierung) nicht mehr Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist.

### **Hinweis:**

Andere Senate haben in der Vergangenheit entschieden, dass das prozessuale Bestreiten von Mängeln nicht immer eine Erfüllungsverweigerung bewirke. So zum Beispiel BGH, Urteil vom 13.07.2011 Az.: VIII ZR 215/10, Rn 24 und BGH, Urteil vom 07.03.2002, Az.: III ZR 12/01 Ziffer II, 3. A).

Der siebte Zivilsenat weist allerdings ausdrücklich auf seine weiteren Urteile hin, nach deren Sachverhalten eine Erfüllungsverweigerung hergeleitet werden konnte. Dies waren die kategorische, teilweise mit rechtlichen Argumenten wie der Einrede der Verjährung untermauerte Weigerung, vorliegende Mängel zu beseitigen, (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 VII ZR 360/01, BauR 2003, 386, 387 = NZBau 2003, 149) und ein langer Zeitablauf, in dem eine Mängelbeseitigung nicht vorgenommen wurde (BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 VII ZR 82/09, BauR 2011, 263 Rn. 13). Selbst in einem Klageabweisungsantrag eines auf Erfüllung in Anspruch genommenen Schuldners hat der BGH in einem Fall eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung gesehen, weil alle Streitpunkte in einer vorherigen längeren Auseinandersetzung bereits ausgetragen waren und mit dem

Prozessantrag zum Ausdruck gebracht wurde, dass auch eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung den Beklagten nicht mehr umstimmen könnte (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1983 VII ZR 139/82, BauR 1984, 181, 182).

*Rechtsanwalt Johannes Jochem*  
RJ Anwälte, Wiesbaden

*In der ARGE Baurecht haben sich die Fachanwälte für Bau- und Immobilienrecht des Deutschen Anwaltsverein 1992 zusammengeschlossen. Derzeit gehören AGE Baurecht über 2.800 Rechtsanwältinnen und –anwälte an. Damit ist die ARGE Baurecht der größte Berufsverband von baurechtlichen spezialisierten Rechtsanwälten in Deutschland und Europa. Weite Informationen unter [www.arge-baurecht.com](http://www.arge-baurecht.com).*