



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/9ff1af84-b7e4-3bfc-8885-78431ad73467>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Claus Schmitz
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2024, 179 - 203 (Heft 2)
Verlag	Werner Verlag

Schmitz, BauR 2024, 179

Die angemessene Frist – eine Betrachtung für das Werk- und Bauvertragsrecht



von Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz, München

Zahlreiche für das Werk- und Bauvertragsrecht relevante Normen – betrachtet werden exemplarisch §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 637 Abs. 1, 643 Satz 1 und 650f Abs. 5 Satz 1 BGB – gewähren erst nach Ablauf einer angemessenen Frist dem Berechtigten (Gestaltungs-)Rechte oder führen sogar zur automatischen Umgestaltung des Vertrags. Gibt es über die für die anwaltliche Praxis wenig befriedigende Standardaussage hinaus, dass es stets auf den Einzelfall ankomme, systematische Zusammenhänge, die für die Anwendung aller oder wenigstens einzelner der zitierten Normen mehr Rechtssicherheit geben? Ausgehend von Rechtsprechung und Literatur versucht der Aufsatz, dieser und damit zusammenhängenden Fragen nachzugehen.

A. Vorbemerkungen

„Angemessen“ (im Hinblick auf eine Frist) ist ein unbestimmter Rechts- bzw. Gesetzesbegriff. Für solche gerade im öffentlichen Recht häufig verwendete unbestimmte Rechtsbegriffe ist charakteristisch, dass ihre (abstrakte) Auslegung und vor allem ihre Anwendung im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten können. Die

Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall erfordert eine Wertung, oft auch eine Prognose in die Zukunft, was voraussetzt, zum Teil sehr unterschiedliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, zu bewerten und gegeneinander abzuwägen.¹ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe begründet die Gefahr, dass eine Regelung an Klarheit und Vorhersehbarkeit und damit an Rechtssicherheit verliert, ermöglicht es aber, flexibel auf neue oder unvorhergesehene Situationen zu reagieren.² „Die an sich einzig rechtmäßige Entscheidung lässt sich eben nicht immer eindeutig feststellen.“³

Wenig weiterführend ist der Versuch, sich dem auch in anderen Zusammenhängen denn als Attribut zu „Frist“ verwendeten Begriff anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs anzunähern. In den einschlägigen Lexika werden überwiegend nur Synonyme angeboten wie „am Platz, angebracht, entsprechend, gebührend“,⁴ „den Verhältnissen entsprechend [und] passend“.⁵ Das Grimm'sche Wörterbuch verweist auf das zugrunde liegende Verb „anmessen“, woraus sich u.a. der Bedeutungsgehalt: Maß nehmen oder jemandem ein Kleid oder neue Schuhe anmessen, ergibt.⁶

Etwas griffiger ist die Definition von Angemessenheit in einem philosophischen Wörterbuch. Demnach wird der Begriff dazu verwendet, „um auszudrücken, dass etwas stimmig ist. Das Angemessene ist das in einer gegebenen Situation Passende und Schickliche [...]. Im ethischen Sinn wird als ‚angemessen‘ bezeichnet, was schicklich ist. Eine Person handelt angemessen, wenn das Handeln den Erfordernissen einer konkreten Situation entspricht“.⁷

Meine nachfolgenden Überlegungen beanspruchen im Hinblick weder auf das allgemeine Schuldrecht noch auf die exemplarisch aus dem Werk- und Bauvertragsrecht herangezogenen Normen, abschließend richtige Lösungen aufzuzeigen. Vielmehr geht es mir darum, nach Darstellung der Leitformeln aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung die damit verbundenen konkreten Anwendungsprobleme zu verdeutlichen und (möglicherweise) bisher nicht immer hinreichend deutlich herausgestellte Widersprüchlichkeiten und relevante Wertungskriterien einerseits und entgegen verbreiteter Meinung nicht wirklich relevante Wertungskriterien andererseits herauszuarbeiten, um eine weiterführende Diskussion anzustoßen.

Als erstes behandle ich § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zwar sind, geht man von der veröffentlichten Rechtsprechung aus, im Werk- und Bauvertragsrecht die Fälle selten, in denen der Besteller (Gläubiger) nach dem fruchtlosen Ablauf einer dem Unternehmer (Schuldner)⁸ gesetzten angemessenen Frist Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB) verlangt.⁹ Jedoch sind die Rechtsprechung und Literatur zu dieser Norm¹⁰ besonders reichhaltig, und Kommentierungen zu werk- und bauvertraglichen Normen, in denen von einer angemessenen Frist die Rede ist, nehmen oft – ohne nähere Diskussion – auf die allgemeinen Kommentierungen zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB Bezug.¹¹ Daher bietet es sich an, quasi allgemeine Vorüberlegungen zum Begriff „angemessen“ anhand dieser Norm zu entwickeln und zu anderen Normen kritisch zu überprüfen, inwieweit auf sie die zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB angestellten Überlegungen übertragbar sind.

Die Auswahl von § 637 Abs. 1 BGB¹² und von § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB erscheint angesichts des Umfangs der hierzu ergangenen Rechtsprechung nicht weiter rechtfertigungsbedürftig. Für den bisher in der Diskussion nur am Rande mitlaufenden und eigenartig konstruierten § 643 BGB lässt sich aufgrund der neueren Grundsatzentscheidungen des BGH zu § 642 BGB eine höhere Praxisrelevanz prognostizieren.¹³

Die vier diskutierten Normen sprechen von „Frist“. Die Terminologie in Literatur und Rechtsprechung ist demgegenüber uneinheitlich, wohl auch unter dem Eindruck etwa von § 308 Nr. 2 BGB, der von „Nachfrist“ spricht.¹⁴ Richtigerweise dürfte im Hinblick auf §§ 281 Abs. 1, 637 Abs. 1 und 643 Satz 1 BGB von einer „Nachfrist“ auszugehen sein, da der Schuldner seine Leistung/Mitwirkungshandlung bereits erbringen hätte müssen, also die Nachfrist erst auf den Ablauf der im Vertrag explizit geregelten oder ihm durch Auslegung zu entnehmenden Fälligkeit der Leistung¹⁵/Mitwirkungshandlung folgt. Anders verhält es sich mit § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB, sofern der Unternehmer erstmals vom Besteller eine Sicherheit verlangt. Ich werde daher nachfolgend abgesehen von § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB variabel von „Frist“ und „Nachfrist“ sprechen.

Keine Rolle in meinen Ausführungen spielen die Fallgruppen, dass Unternehmer und Besteller sich über die Dauer der angemessenen Nachfrist verständigen¹⁶ oder der jeweilige Schuldner mitteilt, bis wann er die Leistung erbringe, und der jeweilige Gläubiger dies akzeptiert bzw. seiner Fristsetzung als angemessen zugrunde legt.¹⁷ In diesen Fällen stellen sich keine dogmatischen Probleme, wie die Angemessenheit einer Frist zu bestimmen ist, weil die Parteivereinbarung bzw. die Selbstbindung des Schuldners vorgehen und dem Gläubiger eine stabile Basis für die Setzung einer angemessenen Frist geben.

Ebenso wird nachfolgend die Überlegung der Rechtsprechung keine Rolle spielen, dass eine angemessene (gegebenenfalls von einem Gericht in einem späteren Prozess festzustellende) Frist zu laufen beginnt, falls der Gläubiger eine zu kurze Frist setzte.¹⁸ Das mag zwar dem Gläubiger helfen, der wochen- oder monatelang nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist abwartet, ehe er eine Gestaltungserklärung abgibt, weil er sich erst dann auf der sicheren Seite wähnt.¹⁹ Dem Gläubiger, der zügig das Vertragsverhältnis wirksam umgestalten, in die Selbstvornahme eintreten will usw. und deshalb Klarheit benötigt, ob die von ihm gesetzte Frist angemessen ist, hilft diese Rechtsprechung nicht weiter.

B. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB

I. Einleitung

Ausgangspunkt meiner nachfolgenden Überlegungen ist, dass der Zeitpunkt, zu dem die geschuldete (Gesamt-)²⁰ Leistung des Unternehmers fällig wird, feststeht, überschritten ist und keine (nicht dem Unternehmer zuzurechnenden) Umstände vorliegen, die zu einer Verschiebung des Fälligkeitszeitpunkts²¹ führen. Begründen lässt sich die objektive Fälligkeit der Leistung des Unternehmers durch eine bestimmte Zeit nach dem Kalender, also einen im Vertrag enthaltenen „Fertigstellungstermin“ o.ä. Ist dieser überschritten, gerät der Unternehmer ohne Mahnung des Bestellers in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB).²² Fehlen solche vertraglichen Vorgaben, bestimmt sich anhand von § 271 Abs. 1 BGB, wann die Leistung des Unternehmers fällig wird. Nach der Rechtsprechung muss der Unternehmer im Zweifel nach Vertragsschluss mit der Herstellung alsbald beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende führen, wobei die für die Herstellung notwendige Zeit in Rechnung zu stellen ist; mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungsfrist tritt Fälligkeit ein.²³ Die Beweislast dafür, dass die nach den zitierten Kriterien zu bemessende Herstellungsfrist noch nicht ablief, liegt beim Unternehmer.²⁴

Um in den nachfolgenden Überlegungen zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht gänzlich abstrakt zu bleiben, werde ich auf folgende Beispielfälle zurückkommen:

Fall 1 (Rohbauarbeiten)

Variante a: Der Unternehmer schuldet den Rohbau für das Untergeschoss und drei Geschosse (Erd-, 1. und 2. Obergeschoss). Als Fertigstellungstermin ist der 01.09.2023 vereinbart, woraus sich unter Berücksichtigung der Anlaufphase nach Unterzeichnung des Vertrags für die Arbeitsvorbereitung, Baustelleneinrichtung usw. eine Bauzeit von 160 Arbeitstagen ergibt (die auch nach den Wertungen des § 271 Abs. 1 BGB auskömmlich ist). Am 01.09.2023 liegen die ansonsten abgeschlossenen Arbeiten im 2. Obergeschoss „in den letzten Zügen“; arbeitet der Unternehmer zügig an den Arbeitstagen weiter, kann er die Arbeiten (spätestens) bis zum 08.09.2023 abschließen.

Variante b: Ausgangsdaten unverändert. Allerdings ist am 01.09.2023 die Leistung nur zu etwa 50 % erbracht, sodass vorbehaltlich von Beschleunigungsmaßnahmen der Unternehmer auch mit etwa erstmals zügiger Arbeitsweise noch ca. 80 Arbeitstage (50 % der vertraglich vorgegebenen Bauzeit) benötigt.

Fall 2 (Malerarbeiten)

Variante a: Der Unternehmer ist beauftragt mit Malerarbeiten in 50 etwa gleich großen Räumen eines Gebäudes. Der Unternehmer ist ein Kleinbetrieb mit dem Geschäftsinhaber und drei festangestellten Mitarbeitern. Die Ausführungsfrist gemäß Vertrag beträgt 52 Arbeitstage ab Vertragsschluss (dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Unternehmer zwei Tage zur Arbeitsvorbereitung benötigt und anschließend zwei Mann/Arbeitstag einen Raum bearbeiten und jeweils am darauffolgenden Morgen das Gerät, Materialien usw. in den angrenzenden Raum umsetzen) und endet am 01.09.2023 (über § 271 Abs. 1 BGB käme man zum selben Fälligkeitszeitpunkt). Am 01.09.2023 sind die Arbeiten in den beiden letzten Räumen noch nicht abgeschlossen.

Variante b: Ausgangsdaten unverändert. Am 01.09.2023 sind lediglich 15 Räume gestrichen; in den weiteren 35 Räumen ist noch nichts erledigt.

II. Höchststrichterliche Rechtsprechung zur Bestimmung der angemessenen Frist

Durchgehend betont die höchstrichterliche Rechtsprechung, dass es nicht darum gehe, dem Schuldner zu ermöglichen, erst mit der Ausführung der Leistung zu beginnen. Schon das RG begründete das in einer immer wieder zitierten Leitentscheidung 1916 damit, dass „die Angemessenheit keineswegs nur nach den Verhältnissen des säumigen Schuldners zu beurteilen [ist], sondern [dass] vornehmlich auch die Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen [sind]“.²⁵ Daher habe die Nachfrist „nicht den Zweck, den Schuldner in die Lage zu setzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur noch eine letzte Gelegenheit gewähren, die begonnene Erfüllung zu vollenden.“²⁶ Präziser äußerte sich der VIII. Zivilsenat des BGH 1982: „Die Nachfrist [...] braucht nicht so lang zu sein, daß der Schuldner Gelegenheit hat, innerhalb der Frist seine Leistung vorzubereiten. Vielmehr ist vorauszusetzen, daß die *Leistung weitgehend fertiggestellt* ist und daß der Schuldner lediglich Gelegenheit erhalten soll, *seine im wesentlichen abgeschlossene Leistung vollends zu erbringen* [...]“.²⁷ Die Nachfrist dürfe nicht zu einer „Ersatzlieferungsfrist“ werden oder die Lieferfrist erheblich verlängern.²⁸

Auch wenn die Angemessenheit einer Nachfrist sich nur nach objektiven Maßstäben beurteilen könne, könne ein besonderes Interesse des Gläubigers an einer möglichst pünktlichen Erfüllung der Leistungspflicht zu berücksichtigen sein.²⁹ Daher wird vom Schuldner u.a. erwartet, sämtliche vorhandenen Mittel einzusetzen, um die Nachfrist einzuhalten.³⁰ Nicht könne sich der Schuldner darauf berufen, es seien Schwierigkeiten z.B. mit der Zulieferung aus dem Ausland aufgetreten oder zu befürchten, wenn er dies von Anfang an – vor Abschluss des Vertrags – habe berücksichtigen können und müssen.³¹

Besonderheiten des jeweiligen Gewerbezweigs seien jedoch zu berücksichtigen.³² Großzügig zeigte sich der BGH im Hinblick auf „Besonderheiten des Kraftfahrzeughandels“ und meinte in der Kontrolle des Klauselwerks eines Kraftfahrzeughändlers, es liege auch im Interesse eines Käufers, der eine *unverbindliche* Lieferfrist akzeptiert habe, dass das Auto von vornherein – und nicht erst nachträglich beim Händler – in der gewünschten Ausstattung und mit der bestellten Sonderausrüstung hergestellt werde. Angesichts des breit gefächerten Angebots verschiedenartigster Ausstattungen könnten je nach den Liefermöglichkeiten der Zulieferanten Verzögerungen in der Fertigstellung des Autos auftreten. Daher hatte der BGH keine Bedenken gegen eine AGB des Schuldners (Verkäufers), wonach der Gläubiger (Käufer) erst sechs Wochen nach Überschreitung eines unverbindlichen Liefertermins den Verkäufer schriftlich auffordern könne, binnen angemessener Frist zu liefern, und erst mit dieser Mahnung der Verkäufer in Verzug gerate.³³

Zulasten des Schuldners wird gewürdigt, wenn er sich bereits länger in Verzug befindet und mehrfach gemahnt wurde; je länger der Schuldner sich in Verzug befinde, desto kürzer dürfe die Nachfrist bemessen werden.³⁴

Angesichts der Aufgabe des BGH als Revisionsgerichts, lediglich nachprüfen, ob der Tatrichter zutreffende rechtliche Maßstäbe zugrunde legte, während die Beurteilung der Angemessenheit grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten ist,³⁵ finden sich in den meisten Entscheidungen keine konkrete Angaben, welche Frist im Einzelfall aus Sicht des BGH angemessen ist, sondern allenfalls eine Billigung der Erwägungen des jeweiligen Berufungsgerichts. Umso erstaunlicher ist es, dass der VIII. Zivilsenat in einer Kontrolle des Klauselwerks eines Möbelhändlers andeutete, eine für alle denkbaren Fälle angemessen kurze Nachfrist möge bei einem Verbrauchergeschäft möglicherweise 14 Tage betragen.³⁶

III. Würdigung der Rechtsprechung und eigene Überlegungen

1. Vorrang des Gläubigerinteresses an der zügigen Leistungserbringung und damit der „normativen“ vor der „faktischen“ Komponente

In der Rechtsprechung des BGH sind zwei Ansätze erkennbar, die allerdings nur durch anspruchsvolle und wertende Überlegungen zu einem harmonischen Ausgleich gebracht werden können. Zum einen soll der Schuldner noch eine Chance oder Gelegenheit erhalten, die Leistung zu erbringen, mag dies auch mit außerordentlichen Anstrengungen verbunden sein. Ich möchte diese Komponente als die „faktische“ bewerten. Zum anderen aber betonen das RG und der BGH in ständiger Rechtsprechung das große Interesse des Gläubigers, die Leistung zügig zu erhalten, weshalb quasi fiktiv vorausgesetzt wird, dass der Schuldner die Leistung bereits weitgehend fertiggestellt habe und lediglich eine (letzte) Gelegenheit erhalte, seine im Wesentlichen abgeschlossene Leistung vollends zu erbringen. Das möchte ich als die „normative“ Komponente

bezeichnen. D.h.: Die Frist muss nicht so bestimmt sein, dass der Schuldner in jedem Fall – gleich, wie saumselig er bisher war – unter größtmöglichen Anstrengungen noch die Chance hat, seine Leistung vollständig zu erbringen, sondern vielmehr erhält er aufgrund der normativen Wertung diese Chance nur unter der Prämisse, dass er seine Leistung bereits im Wesentlichen erbrachte.

Folglich gibt die höchstrichterliche Rechtsprechung dem Interesse des Bestellers am baldigen Erhalt der vom Unternehmer geschuldeten Leistung den Vorrang, also daran, durch eine eher knapp bemessene Nachfrist Handlungsfreiheit zu erlangen und in die Lage versetzt zu werden, nach vertragsumgestaltender Erklärung gem. § 281 Abs. 4 BGB die Leistung durch einen Zweitunternehmer fertigstellen zu lassen. Dies wird nicht vertieft begründet, trifft aber zu: Nach dem Vertrag ist der Unternehmer zur Erbringung der Gesamtleistung entweder zu dem vereinbarten Fertigstellungstermin oder zu dem nach § 271 Abs. 1 BGB zu ermittelnden Fälligkeitszeitpunkt verpflichtet. Das Gesetz bewertet in § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich die nicht rechtzeitige Leistungserbringung als Pflichtverletzung, auch wenn wegen §§ 280 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 286 Abs. 4 BGB ein Schadensersatzanspruch Verschulden des Schuldners voraussetzt. Der Besteller muss seinen vertraglich begründeten Anspruch, die Leistung zu diesem Zeitpunkt zu erhalten, angesichts dieser klaren Ausgangslage nicht besonders legitimieren. Deshalb erscheinen vereinzelt anzutreffende Formulierungen, die angemessene Frist könne umso kürzer gesetzt werden, je größer das bereits bei Vertragsschluss erkennbare Interesse des Gläubigers an einer zeitnahen Erfüllung der Leistungspflicht sei,³⁷ mir nicht zutreffend. Das Interesse des Bestellers ergibt sich stets aus dem Zeitpunkt für die Fälligkeit der Gesamtleistung, wie er dem Vertrag zu entnehmen ist. Allenfalls mag auf der Rechtsfolgenseite unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB je nach den Umständen des Einzelfalls der Verzögerungsschaden höher oder niedriger ausfallen, was aber für die Auslegung von § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB irrelevant ist. Seriös und objektiv lässt sich ohnehin nicht bewerten, ob das Interesse eines bestimmten Bestellers größer als das eines anderen Bestellers ist. Soll etwa eine standardmäßig von einem professionellen Besteller in den Vertrag eingefügte Klausel, mit der er darauf hinweist, wie wichtig die Einhaltung des Fertigstellungstermins ist und dass im Fall der Überschreitung erhebliche Schäden und ein Rücktritt des Ankermieters vom Mietvertrag, des Investors vom Kaufvertrag usw. drohen,³⁸ dazu führen, dass dieser Besteller eine kürzere angemessene Frist setzen kann als die Familie mit Kleinkindern, die wegen einer grundlegenden Renovierung ihres Hauses für die vertraglich festgelegte Zeitdauer bei den dies nolens volens akzeptierenden Eltern des Ehemanns (oder einer befreundeten Familie) unterschlüpft und mit diesen unter beengten Verhältnissen lebt (daran, in den Vertrag entsprechende Beschreibungen dieser unangenehmen Zustände aufzunehmen und ein besonders dringliches Interesse an der Einhaltung des Fertigstellungstermins auszudrücken, dachte diese Familie mangels Bauerfahrung nicht)?

Für diese Betrachtung spricht auch der Wortlaut der Norm, der nicht – was theoretisch möglich wäre – dem Gläubiger auferlegt, eine zur Erbringung der noch offenen Restleistung ausreichende Frist zu setzen. Das in „angemessen“ beinhaltete Maß ist die vereinbarte Fälligkeit der Leistung; hieran orientiert sich die Dauer der zu setzenden Frist.

Dem sich hieraus ergebenden höheren Gewicht des Gläubigerinteresses, entweder innerhalb einer tendenziell knapp bestimmten „angemessenen“ Frist doch noch die Leistung zu erhalten oder wenigstens in die Lage versetzt zu werden, nach fruchtlosem Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen und einen Zweitunternehmer mit der Erbringung der Restleistung zu beauftragen, lässt sich nicht entgegenhalten, dass der Gläubiger bereits hinreichend über den Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen der Verzögerung der Leistung gem. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB geschützt sei. Der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen von §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB besteht neben dem unter den Voraussetzungen

von §§ 280 Abs. 2, 286 BGB gegebenen Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen Verzögerung der Leistung.³⁹ Gerät der Schuldner gem. § 286 Abs. 2 BGB ohne Mahnung in Verzug, ist der Gläubiger bis zum erfolglosen Ablauf der angemessenen Frist i.S.d. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB und dem Zugang des Schadensersatzverlangens gem. § 281 Abs. 4 BGB beim Schuldner hinsichtlich des in diesem Zeitraum auflaufenden Verzögerungsschadens geschützt und kann diesen Schadensersatzanspruch auf Grundlage von §§ 280 Abs. 2, 286 BGB erfolgreich durchsetzen. Eine „Schutzlücke“ kann sich dagegen für den Gläubiger auftun, der einen Verzug des Schuldners durch Mahnung herbeiführen muss. Die Mahnung ist anders als die angemessene Frist gem. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich eine eindeutige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen, ohne dass der Gläubiger eine Frist setzen muss; ausreichend ist z.B.: „Wir fordern Sie auf, Ihre Leistung gemäß Bauvertrag vom 20.11.2022 unverzüglich fertig zu stellen.“ Mit dem Zugang einer solchen Mahnung beginnt der Verzug des Schuldners,⁴⁰ mag auch unter Umständen noch eine gewisse Zeit verstreichen, bis eine daneben vom Gläubiger gesetzte angemessene Frist i.S.d. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB abläuft. Unterlässt der Gläubiger eine derartige (separate) Mahnung, gerät der Schuldner erst in Verzug, wenn die angemessene Frist i.S.d. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB abläuft; in diesem Fall kann der Gläubiger einen Verzögerungsschaden für den dazwischen liegenden Zeitraum nicht durchsetzen, sondern als Teil seines Schadensersatzanspruchs erst für den Zeitraum ab Zugang seines Schadensersatzverlangens beim Schuldner.⁴¹

2. Praktische Umsetzung

Ist damit geklärt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zutreffend dem Gläubigerinteresse größeres Gewicht einräumt, stellt sich die Frage, wie in der Praxis der daraus folgenden normativen Komponente Rechnung zu tragen ist. Die Formulierungen in der Rechtsprechung des BGH sind nicht einheitlich; relativ präzise ist die Formulierung des VIII. Zivilsenats in seinem Urteil vom 10.02.1982, es sei vorauszusetzen, dass die Leistung weitgehend fertiggestellt sei und dass der Schuldner lediglich Gelegenheit erhalten solle, seine im Wesentlichen abgeschlossene Leistung vollends zu erbringen.⁴² Nun sind die adverbial angereicherten Attribute „weitgehend fertiggestellte“ bzw. „im Wesentlichen abgeschlossene“ Leistung wiederum unbestimmte Rechtsbegriffe. Gleichwohl ist aus meiner Sicht eine zu weniger als 90–95 % fertiggestellte Leistung nicht weitgehend oder im Wesentlichen fertiggestellt bzw. abgeschlossen (nach Auffassung des OLG Hamm hingegen ist eine Leistung bereits dann weitgehend fertiggestellt, wenn 2/3 bis 3/4 der Bauleistung erbracht sind).⁴³ Daher scheint es im Interesse einer generalisierenden Herangehensweise geboten, die Höchstgrenze für die angemessene Frist i.S.d. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB mit 5–10 % der Zeit anzusetzen, die dem Unternehmer nach seinem vertraglichen Leistungsversprechen für die Ausführung zur Verfügung stand.⁴⁴ Es handelt sich um eine Höchstgrenze: Die angemessene Frist kann kürzer sein, wenn der Unternehmer aufgrund des bereits erreichten, weiter fortgeschrittenen Leistungsstands innerhalb kürzerer Zeit die Leistung abschließen kann. Insoweit bleibt eine ein Störgefühl bereitende, aber aufgrund der Höchstgrenze noch hinnehmbare Ungleichbehandlung des „vertragstreueren“ Unternehmers, dem wirksam eine kürzere angemessene Frist gesetzt werden kann als dem Unternehmer, der in höherem Maße von der Fertigstellung der Leistung entfernt ist.

Das bedeutet für die eingangs gebildeten Beispiele:

Im Fall 1a benötigt der Unternehmer noch fünf Arbeitstage für die Fertigstellung seiner Leistung, was in Relation zur vertraglichen Bauzeit von 160 Arbeitstagen 3,125 % ausmacht. Damit liegt eine im Wesentlichen abgeschlossene Leistung vor. Eine Frist von fünf Arbeitstagen (bis 08.09.2023) ist angemessen; es besteht keine

Veranlassung, weitergehend dem Unternehmer 5–10 % der ursprünglichen Bauzeit, also 8–16 Arbeitstage, als Frist zu gewähren.

Anders verhält es sich im Fall 1b, denn die zur Fertigstellung der Leistung bei vertraglich vorausgesetztem Tempo noch benötigten 80 Arbeitstage machen 50 % der vertraglichen Bauzeit aus. Selbst wenn – was wegen eines geordneten Bauablaufs, der betontechnologischen Notwendigkeiten sowie der notwendigen, schwer kurzfristig (wenn überhaupt) erzielbaren öffentlich-rechtlichen Genehmigungen für verlängerte Arbeitszeiten inklusive solcher an Wochenenden und Feiertagen usw. schwierig ist – gewisse Beschleunigungspotenziale bestehen mögen, wird der Unternehmer kaum in der Lage sein, selbst durch erstmals hohe Anstrengungen den Zeitraum bis zur Gesamtfertigstellung auf weniger als 65–70 Arbeitstage zu „drücken“. Stellte man allein auf diese faktische Komponente ab, müsste man vom Besteller verlangen, dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist von ca. mindestens 65 Arbeitstagen zu setzen. Aufgrund der vorrangigen normativen Komponente muss indessen der Besteller dem Unternehmer „nur“ 5–10 % der ursprünglichen vertraglichen Bauzeit (8–16 Arbeitstage) als angemessene Nachfrist setzen.⁴⁵ Damit ist die Setzung einer angemessenen Frist entbehrlich, denn sie wäre eine bloße Förmelerei, steht doch fest, dass der Unternehmer die Leistung innerhalb dieser angemessenen Frist nicht erbringen kann.⁴⁶ Folglich kann im Fall 1b der Besteller sofort gem. § 281 Abs. 4 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen und nach Zugang dieses Verlangens einen Zweitunternehmer einschalten.

Für die Fälle 2a und b gelten die Ausführungen zu den Fällen 1a und 1b grundsätzlich entsprechend. Im Fall 2a beläuft sich der nötige Verlängerungszeitraum für zwei Räume, die der Unternehmer mit dem dafür vorgesehenen Trupp von zwei Mann und Gerät (durch Umsetzung) innerhalb von zwei Arbeitstagen bearbeiten kann, auf 4 % der vertraglichen Bauzeit (zwei von 50 Arbeitstagen). Damit ist eine Frist von zwei Arbeitstagen (bis 05.09.2023) angemessen.

Der Fall 2a wirft jedoch die Frage auf, ob es der Besteller hinnehmen muss, dass der Unternehmer, der pflichtwidrig und schuldhaft den Fertigstellungstermin nicht einhielt, lediglich im bisherigen Rhythmus weiterarbeitet. Soweit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung vom Schuldner u.a. erwartet wird, sämtliche vorhandenen Mittel einzusetzen, um die Nachfrist einzuhalten,⁴⁷ ist dem zuzustimmen.⁴⁸ Folglich ist eine Frist auch dann angemessen bestimmt, wenn der Schuldner sie nur durch Einsatz sämtlicher vorhandener Mittel einhalten kann. Der Besteller kann nämlich mit Fug und Recht aufgrund des vom Unternehmer gemachten vertraglichen Leistungsversprechens erwarten, dass der Unternehmer wenn vielleicht nicht auf erst zu mobilisierende und nicht ohne weiteres greifbare Nachunternehmer, so doch jedenfalls auf sämtliche eigenen personellen Ressourcen zurückgreift, denn – erst recht – aufgrund der Nichteinhaltung des Fertigstellungstermins muss der Unternehmer seinen ganzen Betrieb darauf ausrichten, die Leistung schnellstmöglich abzuschließen. Im konkreten Fall könnte daher der Besteller die Frist danach bemessen, dass neben dem seit jeher im Gebäude tätigen Zwei-Mann-Trupp nebst Gerät ein weiterer derartiger Trupp von zwei Mann nebst Gerät (womit die Höchstgrenze von vier Personen aus den drei Mitarbeitern und dem Inhaber des Betriebs erreicht ist) einzusetzen ist und dadurch der Unternehmer innerhalb einer angemessenen Nachfrist von einem Arbeitstag (bis 04.09.2023) seine Leistung vollenden kann und muss. Damit verbundene Mehrkosten für die zusätzliche Bereitstellung von Gerät und für die Umorganisation im Hinblick auf etwaige andere Verträge wegen des weiteren Trupps von zwei Mann muss der Unternehmer hinnehmen, auch wenn ich nicht verkenne, dass das – wenn es keine Puffer gibt – für den Unternehmer ein Teufelskreis im Hinblick auf nachfolgende, dadurch wiederum nicht fristgerecht erfüllte Verträge werden kann.

Im Fall 2b benötigt der Unternehmer, wenn er unverändert mit einem Trupp von zwei Mann und Umsetzung von einem Raum in den anderen arbeitet, noch rund 70 % der vertraglichen Bauzeit. Da dies weit oberhalb der normativ bestimmten Höchstgrenze für die angemessene Frist liegt (auch dann, wenn der Unternehmer gemäß den Erörterungen zu Fall 2a einen zweiten Trupp von zwei Mann aktiviert), ist es angemessen, wenn der Besteller dem Unternehmer eine Frist von 3–5 Arbeitstagen setzt. Jedoch kann der Besteller nicht wirksam sofort Schadensersatz statt der Leistung gem. § 281 Abs. 4 BGB verlangen: Löst man sich von der bisherigen Ablaufplanung des Unternehmers und seiner konkreten Betriebsstruktur und prüft, wie schnell sich bei äußerster Beschleunigung objektiv die weiteren 35 Räume bearbeiten lassen, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Erledigung der offenen Restleistung an einem einzigen Arbeitstag möglich ist, vorausgesetzt, der Unternehmer mobilisiert für jeden der 35 Räume gleichzeitig den benötigten Trupp von zwei Mann mit vollständigem Gerät, indem er z.B. auf Nachunternehmer zurückgreift. Dass damit für den Unternehmer Mehrkosten verbunden sind, ist klar; anders als im Fall 1b ist es aber prinzipiell möglich, dass der Unternehmer die Leistung innerhalb der angemessenen Frist von 3–5 Arbeitstagen vollständig abschließt.

3. Sonstige Aspekte

a) Wenn nach der Rechtsprechung des BGH die Nachfrist umso kürzer bemessen werden darf, je länger der Schuldner sich in Verzug befindet,⁴⁹ ist das in den meisten Fällen kein Kriterium. Wie unter B.III.1 erläutert, besteht keine Veranlassung dazu, den erfahrenen Vertragsgestalter dafür zu honorieren, dass der Fälligkeitszeitpunkt und der Verzugseintritt gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB zusammenfallen, während ein anderer Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit der Leistung (nach den Kriterien zu § 271 Abs. 1 BGB) erst noch mahnen muss, ehe der Schuldner gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verzug gerät. Gemeint sein dürfte nämlich mit der Aussage der Rechtsprechung folgende Fallgruppe: Der Schuldner geriet automatisch gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB in Verzug. Der Gläubiger setzte jedoch nicht gleich nach Eintritt der Fälligkeit/dem Verzugseintritt eine Frist. Damit übersah er, dass der automatische Verzugseintritt die Setzung einer angemessenen Frist i.S.v. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entbehrlich macht. Hingegen enthält eine mit ihrem Zugang den Verzug begründende Mahnung, die nicht explizit mit einer Fristsetzung verbunden ist, sondern lediglich den Schuldner auffordert, seine Leistung „unverzüglich/sofort/umgehend“ zu erbringen, nach dem BGH⁵⁰ auch eine Frist i.S.v. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. Somit setzt der Gläubiger bereits hierdurch eine angemessene Frist in Gang.⁵¹

Weiter stellt sich die Frage, ob eine vom Gläubiger gesetzte Frist angemessen ist bzw. bleiben kann, wenn während ihres Laufs der leistungsbereite und -fähige Schuldner an der Erbringung seiner Leistung durch Umstände gehindert wird, die ihm weder im Sinn von Fahrlässigkeit oder Vorsatz anzulasten sind, z.B. durch Folgen eines Sturmschadens oder einer Überflutung, die die Anreise zum Bauvorhaben ausschließen, oder öffentlich-rechtliche Quarantänevorgaben o.ä. aufgrund eines pandemiebedingten Krankheitsfalls unter den Mitarbeitern des Schuldners. Nach dem Wortlaut und der Systematik von §§ 280, 281 BGB ist nicht ersichtlich, dass derartige Umstände zugunsten des Schuldners berücksichtigt werden müssten und zu einer Verlängerung der Frist bzw. zu einer „Pflicht“ des Gläubigers, die Frist zu verlängern,⁵² führen könnten: § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB sieht in der Nichterbringung der Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt die Pflichtverletzung; allerdings ist ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers statt der Leistung gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BGB aufgrund von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen, „wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“. Das betrifft aber nicht den Zeitraum nach Eintritt der Fälligkeit und dem Zugang der Fristsetzung des Gläubigers an den Schuldner, sondern nur den Zeitraum bis zum Eintritt der Fälligkeit. Im Hinblick auf die angemessene Frist gem. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB und deren erfolglosen Ablauf als Voraussetzung eines

berechtigten Schadensersatzverlangens des Gläubigers nach § 281 Abs. 4 BGB fehlt eine Regelung, die wie § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Schuldner – auch – für den Zeitraum zwischen Zugang der Fristsetzung und Ablauf der angemessenen Frist die Möglichkeit eröffnet, sich durch die Darlegung und gegebenenfalls den Beweis, er habe die Nichtleistung in diesem Zeitraum nicht zu vertreten, zu entlasten.⁵³ Das ist nicht unbillig, denn die oben erwähnten speziellen Umstände hätten sich nicht ausgewirkt, wenn der Schuldner vertragsgemäß schon bis zum Fälligkeitszeitpunkt seine Leistung bewirkt hätte.⁵⁴ Allenfalls mag man diskutieren, ob wegen § 242 BGB oder der baurechtlichen Kooperationspflicht (die freilich letztlich nichts anderes als baurechtlicher neuer Wein in den alten Schläuchen des § 242 BGB und damit ähnlich unkonturiert ist) der Gläubiger gehalten ist, aufgrund derartiger Umstände die angemessen gesetzte Frist zu verlängern oder jedenfalls etwas länger abzuwarten, ehe er durch ein an den Schuldner gerichtetes Schadensersatzverlangen diesem die Möglichkeit nimmt, die Leistung noch zu erbringen (§ 281 Abs. 4 BGB). Voraussetzung wird aber, wenn man das überhaupt annehmen will, stets sein, dass der Schuldner unverzüglich mit konkreten, nachvollziehbaren Angaben und gegebenenfalls Belegen den Gläubiger über derartige spezielle Umstände informiert.⁵⁵

b) Nichts Weiterführendes für das Werk- und Bauvertragsrecht lässt sich aus dem zu einem Klauselwerk eines Kraftfahrzeughändlers ergangenen BGH-Urteil⁵⁶ entnehmen. Die darin vom BGH zugunsten des Schuldners/AGB-Verwenders gezeigte Großzügigkeit dürfte entscheidend darauf beruhen haben, dass der Käufer eine unverbindliche Lieferfrist akzeptiert hatte, was für Werk- und Bauverträge atypisch ist.

C. § 637 Abs. 1 BGB

I. Einleitung

Meinen Ausführungen liegt als Prämisse zugrunde, dass die Leistung des Unternehmers einen Mangel aufweist, aber der Besteller die Leistung des Unternehmers – gegebenenfalls mit einem Vorbehalt von Ansprüchen wegen dieses von ihm bereits bei Abnahme erkannten Mangels – (rechtsgeschäftlich) abnahm. Fällig wird demnach der Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB mit der Abnahme, und zwar unabhängig davon, ob der Besteller zum Zeitpunkt der Abnahme den Mangel kennt oder nicht. Vor der Abnahme dagegen ist ein Anspruch auf Nacherfüllung – abgesehen von den dogmatisch überwiegend schwer begründbaren Ausnahmefällen, in denen Rechtsprechung und Literatur dem Besteller auch ohne/vor Abnahme Mängelrechte zu gewähren geneigt sind⁵⁷ – noch nicht fällig, sondern besteht ab der Fälligkeit der Gesamtleistung des Unternehmers „nur“ der vertragliche Erfüllungsanspruch selbst.⁵⁸

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bestimmung der angemessenen Frist

Naturgemäß ist die Rechtsprechung der im Lauf der Zeit speziell für das Werk- und Bauvertragsrecht zuständigen Zivilsenate des BGH im Hinblick auf die Angemessenheit einer mängelbedingten Fristsetzung spärlicher als die Aussagen verschiedener Zivilsenate des BGH zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. dessen Vorgängernormen. Gleichwohl überrascht, wie karg – soweit ersichtlich – die höchstrichterlichen Aussagen zu dieser Frage sind.⁵⁹

Der VII. Zivilsenat meinte 1964 lapidar unter Bezugnahme auf die damalige Kommentierung im Staudinger, „daß die Frist nach § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB angemessen, d. h. so weit bemessen sein muss, daß während ihrer Dauer die Mängel beseitigt werden können“.⁶⁰ Etwa 30 Jahre später führte der X. Zivilsenat aus, dass sich die Angemessenheit der Nachbesserungsfrist danach beurteile, „welcher Zeitaufwand für den Unternehmer erforderlich gewesen wäre, um unter normalen Geschäftsverhältnissen den gerügten Mangel zu beseitigen“.⁶¹

Die soweit ersichtlich letzte grundlegende Aussage findet sich in einem Urteil des VII. Zivilsenats von 2006:

„Der Senat weist darauf hin, dass die Angemessenheit der Frist nicht allein danach beurteilt werden kann, welchen Zeitraum der Unternehmer für die Mängelbeseitigung normaler Weise benötigt. Angemessen ist eine Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können (BGH, Urteil vom 11. Juni 1964 – VII ZR 216/62 n.v.). Denn sie hat nicht den Zweck, den Schuldner in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur noch eine letzte Gelegenheit geben, die Erfüllung zu vollenden (BGH, Urteil vom 13. April 1961 – VII ZR 109/60 n.v.; OLG Stuttgart, BauR 2003, 108).“⁶²

III. Würdigung der Rechtsprechung und eigene Überlegungen

1. Zu berücksichtigende Interessenlage der Bauvertragsparteien

Liegt ein Mangel vor, stellt das eine Pflichtverletzung des Unternehmers dar, die er regelmäßig zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch wenn es, weil der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers verschuldensunabhängig ist, für dessen Durchsetzbarkeit auf das Verschulden des Unternehmers nicht ankommt, ist also zulasten des Unternehmers zu konstatieren, dass er die ihm zur Bewirkung der Gesamtleistung vertraglich eingeräumte Leistungszeit nicht dazu nutzte, ein mangelfreies Werk herzustellen, sondern eine (fast immer) schuldhaft Pflichtverletzung beging.

Das demnach prima facie berechnigte Interesse des Bestellers, dass – ebenso wie zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB – der Unternehmer schnellstmöglich unter Aufbietung aller Kräfte den Mangel beseitige, wird aber durch folgenden Umstand in der Regel relativiert: Immerhin erbrachte der Unternehmer eine Leistung, die der Besteller abnahm – womit die Erfüllungswirkungen eintraten⁶³ – und die er in der Folge entweder selbst nutzte oder durch Dritte nutzen

ließ. Die Situation ist daher für den Besteller grundsätzlich ungeachtet des Mangels komfortabler als im Stadium vor Abnahme, in der trotz Fälligkeit der Unternehmer die Leistung noch nicht erbrachte; anders ist es dann, wenn der Mangel die Nutzung gravierend stört oder sogar unmöglich macht (z.B. Ausfall der Heizung im Winter; großflächiger Wasseraustritt, der die Sperrung einzelner Räume und großangelegte Trocknungs- und Reparaturmaßnahmen erheischt).

Angesichts dessen erscheint der letzte Satz im obigen Zitat aus dem Urteil des BGH aus 2006 für den Regelfall nicht angebracht, denn er passt nur für das Stadium vor Erbringung der Leistung und Abnahme und beschreibt die Kriterien für die Angemessenheit einer Fristsetzung i.S.v. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB. In diesem Stadium kann der Besteller vom Unternehmer erwarten, dass er seinen Betrieb vollständig darauf ausrichtet, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Ereilt den Unternehmer dagegen erst im Stadium nach Abnahme unverhofft eine Mängelrüge des Bestellers, geht es entgegen den Worten des BGH nicht darum, „die Erfüllung zu vollenden“, sondern darum, dass der Unternehmer auf diese (erstmalige) Mängelrüge adäquat reagieren muss. Für die zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB zutreffende heranzuziehende normative Komponente ist daher kein Raum. Ferner fällt zu diesem Urteil aus 2006 auf, dass es das frühere Urteil desselben Senats aus 1964 dramatisierend wiedergibt, weil der BGH 2006 entgegen der lapidaren Aussage im Urteil von 1964 „größte[.] Anstrengungen des Unternehmers“ fordert.

Das Urteil des X. Zivilsenats aus 1992 könnte mit seinem Verweis auf „normale[.] Geschäftsverhältnisse[.]“ so verstanden werden, als ob der Unternehmer eine Mängelrüge des Bestellers im normalen Geschäftsgang abarbeiten könne und dürfe, sodass er diese erst nach Erledigung zeitlich vor der Mängelrüge relevant gewordener Vorgänge wie Auftragsabwicklungen, Erstellung von Angebotsabgaben und von Rechnungen usw. bearbeiten müsse. Diese jedenfalls denkbare Lesart dürfte der Grund dafür sein, dass dieses Urteil teilweise kritisch bewertet wird.⁶⁴ In der Tat ist eine Abwicklung entlang dieser (extremen) Lesart mit berechtigten Erwartungen des Bestellers nicht vereinbar. Vielleicht wird man dem Urteil aber eher gerecht, wenn man die Lage betrachtet, in der sich der Unternehmer im Stadium nach Abnahme und scheinbar ordnungsgemäßer Leistungserbringung im Gegensatz zum Stadium vor Abnahme und der Verpflichtung, die Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt noch abzuschließen, befindet. Man wird nach Abnahme vom Unternehmer und Eintritt der Erfüllungswirkungen ungeachtet der in der Regel zu bejahenden schuldhaften Pflichtverletzung, die der Mangel darstellt, nicht in gleichem Maße wie vor Abnahme erwarten können, dass er alle vorhandenen personellen und sonstigen Ressourcen auf das Bauvorhaben ausrichtet, sondern ihm zugestehen müssen, dass er – gerade mit zunehmenden zeitlichen Abstand zum Zeitpunkt der Abnahme – erst wieder seine Aufmerksamkeit auf dieses scheinbar erfolgreich abgeschlossene Bauvorhaben richten muss. Mitarbeiterfluktuation und damit eingetretene Informationsverluste können einen zusätzlichen Zeitverlust bedeuten; nicht vorwerfbare Faktoren wie die nach Abschluss der Baumaßnahme und dem Abbau der Baustelleneinrichtung und -container fehlende Nähe zum Bauvorhaben können hinzukommen. Das ist aber kein Freibrief für den Unternehmer, generell saumselig zu handeln und der Mängelrüge des Bestellers nur nachrangige Bedeutung zuzumessen. Der Besteller darf vielmehr berechtigterweise vom Unternehmer erwarten, dass dieser umgehend nach Eingang der Mängelrüge mit der Mängelbeseitigung beginnt und bestrebt ist, diese zügig abzuschließen.⁶⁵

Besondere Beschleunigung darf dagegen der Besteller hinsichtlich solcher Mängel erwarten, deretwegen er sich seine Ansprüche im Abnahmeprotokoll vorbehielt (und zu denen er regelmäßig in einem solchen Abnahmeprotokoll auch konkrete Fristen zur Beseitigung setzt). In dieser Situation ist der Unternehmer noch voll auf das Bauvorhaben konzentriert (bzw. muss es sein). Wird ihm aufgezeigt, welche Mängel bestehen, darf der Unternehmer nicht die zur Beseitigung des Mangels nötigen personellen und sonstigen Ressourcen auf andere

Vorgänge richten, sondern muss besonders zügig tätig werden. In extremen Fällen (vgl. die obigen Beispiele des Ausfalls der Heizung im Winter oder von Wasserschäden) ist losgelöst von dem zeitlichen Abstand zur Abnahme und von dem „Überraschungseffekt“, der mit der Mängelrüge des Bestellers verbunden ist, vom Unternehmer zu erwarten, alles stehen und liegen zu lassen und schnellstmöglich vor Ort zu prüfen, welche Maßnahmen geboten sind und anschließend unverzüglich in die Mängelbeseitigung einzutreten. Das ist die Fallgruppe, in der der Besteller ein besonderes und berechtigtes Interesse an einer äußerst beschleunigten Nacherfüllung hat; es wird sich dabei häufig um Sachverhalte handeln, in denen ausnahmsweise dem Besteller die Selbstvornahme sogar ohne Ablauf einer dem Unternehmer gesetzten angemessenen Frist gestattet ist (vgl. § 637 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Außerdem ist für derartige Sachverhalte charakteristisch, dass oft die Kosten der Mängelbeseitigung als solcher überschaubar sind, aber aufgrund des Mangels hohe Folgeschäden auftreten. Um wegen dieser sofort zu reagieren zu können und die damit verbundenen Kosten vom Unternehmer, der in der Regel den schadensauslösenden Mangel zu vertreten hat, gem. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB erstattet zu bekommen, muss der Besteller nicht eine angemessene Frist setzen und deren Ablauf abwarten.⁶⁶

Daraus folgt als (durch die nachfolgenden Überlegungen modifiziertes) Zwischenergebnis, dass grundsätzlich – abgesehen von den Fallgruppen der Mängel, deretwegen der Besteller sich in der Abnahme seine Rechte vorbehält, und der gravierenden Mängel, an deren sofortiger Beseitigung der Besteller ein besonderes und berechtigtes Interesse hat – eine Frist angemessen i.S.v. § 637 Abs. 1 BGB ist, wenn der Unternehmer nach Überwindung kleinerer Anlaufverzögerungen nach zügiger Überprüfung der gebotenen Maßnahmen innerhalb der Frist den Mangel beseitigen kann, ohne dass dem Unternehmer außerordentliche Anstrengungen wie Überstunden oder Sonn- und Feiertagsarbeit abverlangt werden können.

2. Folgefragen

a) Nach der Symptomtheorie,⁶⁷ die für mangelbezogene vertragliche oder prozessuale Verfahren wie eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gilt, genügt es, dass der Besteller das für ihn wahrnehmbare, auf einen Mangel der Unternehmerleistung hindeutende äußere Erscheinungsbild (Symptom) benennt, wobei in der Regel Angaben zum Ort des Symptoms im Bauvorhaben erforderlich sind. Sache des Unternehmers ist es, die Ursachen für die Symptome festzustellen und – sofern diese in seine Verantwortung fallen, also einen Mangel im Rechtssinne darstellen – die gebotenen Maßnahmen zur nachhaltigen Mängelbeseitigung zu treffen. Ist es mithin Sinn und Zweck der Symptomtheorie, den Besteller zu schützen und die Verantwortung für die gegebenenfalls auch zu planenden Maßnahmen der Mängelbeseitigung beim Unternehmer zu belassen, kann man konsequenterweise vom Besteller nicht erwarten, diese in die Verantwortung des kompetenten Unternehmers fallenden Fragen vorab abschließend zu bewerten und daran die Dauer der angemessenen Frist auszurichten. Vielmehr wird eine vom Besteller ausgesprochene Frist als angemessen anzusehen sein, wenn sie sich in nachvollziehbarer Weise an dem aus Laiensphäre zu erwartenden Zeitaufwand für die Beseitigung dessen, was sich hinter dem Symptom verbirgt, ausrichtet. Treten an verschiedenen Stellen eines größeren Gebäudes Wasserschäden auf, wird eine längere Frist zu bestimmen sein, wenn sie angemessen sein soll, als wenn lediglich in einem Raum eine unzureichend befestigte Sockel- oder Fußleiste stabil neu anzubringen ist. Mit anderen Worten: In je mehr Bereichen das Symptom hervortritt und je mehr Aufwand augenscheinlich mit der Lösung des Problems verbunden ist, umso länger wird der Besteller die Frist bemessen müssen, damit sie als angemessen angesehen werden kann.

Das wirft die Frage auf, ob eine nach diesen begrenzten Erkenntnismöglichkeiten vom Bestellers gesetzte Frist unangemessen (kurz) ist, wenn objektiv – was der Unternehmer durch zügig nach Überwindung kleinerer Anlaufverzögerungen eingeleitete Überprüfungen und eine u.U. gebotene Mängelbeseitigungs- und Ablaufplanung (unter Berücksichtigung der nötigen Einschaltung von weiteren Unternehmern bzw. Beschaffung von Materialien) erkennt – ein längerer Zeitraum benötigt wird, als ihn der Besteller mit seiner Fristsetzung vorgab.⁶⁸ Als logische Konsequenz der in sehr hohem Maße den Besteller schützenden, den Unternehmer belastenden Symptomtheorie ist es unverzichtbar, dass der Unternehmer derartige Erkenntnisse und sich daraus ergebende längere Bearbeitungszeiträume unverzüglich und vor Ablauf der vom Besteller gesetzten Frist dem Besteller mitteilt, damit der Besteller entweder im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Unternehmers die von diesem als nötig bezeichnete Fristverlängerung gewährt⁶⁹ oder aber, falls er vom Unternehmers vorgeschlagenen Zeitraum als unangemessen lang ansieht, die Gelegenheit hat, nunmehr (evtl. durch sachverständigen Rat) die vom Unternehmer ausgebreiteten Erkenntnisse zu prüfen und entweder an der ursprünglichen Fristsetzung festzuhalten oder eine aus Sicht des Bestellers angemessene, aber unter den Erwartungen des Unternehmers liegende Fristverlängerung vorzunehmen. Eine derartige Informationspflicht des Unternehmers begründen maßgebliche Stimmen vor allem mit dem bauvertraglichen Kooperationsprinzip,⁷⁰ während ich diese Pflicht aus der Symptomtheorie ableiten möchte. Dem liegt also nicht die Annahme zugrunde, es gebe eine Pflicht des Unternehmers, den Besteller dabei zu unterstützen, Rechte und Ansprüche gegen den Unternehmer geltend zu machen⁷¹ (eine solche generelle Pflicht lässt sich dem BGB in der Tat nicht entnehmen), sondern die logische Fortführung der durch die Symptomtheorie dem Unternehmer auferlegten, sehr weitgehenden Prüfungs- und Erkundigungspflichten, die eben komplettiert werden durch entsprechende Mitteilungspflichten.

Fazit: Aufgrund der Symptomtheorie ist eine Frist zur Nacherfüllung, die der Besteller unter gehöriger Berücksichtigung der allfälligen Anlaufverzögerungen beim Unternehmer und des für den Besteller erkennbaren Symptoms setzt, als angemessen zu betrachten. Dabei wird wegen der Anlaufverzögerungen auch zu sehr überschaubaren Symptomen ein Zeitraum von fünf Arbeitstagen schwerlich unterschritten werden dürfen, während zu auch für den Besteller erkennbar komplexeren Symptomen eine im Einzelfall deutlich längere Frist nötig sein wird. Sofern der Unternehmer nicht vor Ablauf anhand dieser Kriterien bestimmten Frist reagiert, verbleibt es bei der Angemessenheit der Frist. Ansonsten bestimmt sich nach der rechtzeitig vom Unternehmer aufgrund seiner Überprüfungen und gegebenenfalls Planung gemachten (wahrheitsgemäßen) Mitteilung, in welchem Umfang der Besteller die Frist nach objektiven Kriterien verlängern muss, damit sie auch angesichts dieser neuen Erkenntnisse angemessen ist.

b) Nach der Symptomtheorie erfasst die auf die für ihn erkennbare unerfreuliche Erscheinung bezogene Mängelrüge des Bestellers den Mangel insgesamt – auch an anderen Stellen des Bauvorhabens, an denen bis dato noch keine unerfreulichen Symptome hervortraten. Daher sind Fälle denkbar, in denen die vom Unternehmer innerhalb der vom Besteller gesetzten angemessenen Frist eingeleiteten und scheinbar ausreichenden Maßnahmen keine nachhaltige Mängelbeseitigung darstellten. Da die erstmalige Mängelrüge des Bestellers den Mangel insgesamt erfasste, bedarf es jedoch keiner erneuten Mängelrüge des Bestellers mit einer wiederum angemessenen Frist, sondern kann der Besteller sich auf den Ablauf der bereits angemessen gesetzten Frist berufen und die Selbstvornahme einleiten.⁷² Das erscheint insbesondere in den Fällen ein wenig unbefriedigend, in denen der Unternehmer intensive, auf sorgfältigen Untersuchungen basierende Nacherfüllungsmaßnahmen ausführte, aber den Mangel an anderen Stellen des Bauvorhabens, an denen noch keine Symptome hervorgetreten waren, nicht beseitigte. Spielt der Besteller auf „hart“ und setzt er dem Unternehmer nicht nochmals eine angemessene Frist, dürfte angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes (§ 637 Abs. 1 BGB) eine Korrektur über § 242 BGB nicht möglich sein.

Anders dürfte die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn der Unternehmer nach (scheinbar) erfolgreichem Abschluss der Nacherfüllung eine Abnahme seiner Mängelbeseitigungsleistung durch den Besteller herbeiführt. Sofern die VOB/B in das Vertragsverhältnis einbezogen ist, kann er eine solche Abnahme gem. § 13 Abs. 5 Satz 3 VOB/B begehren, denn jedenfalls bei Verwendung durch den Besteller wird man diese Klausel nach der kundenfreundlichsten Auslegung zugunsten des Unternehmers so bewerten müssen, dass sie dem Unternehmer einen Anspruch auf Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung gewährt, wenn er nach den auch für den Besteller gegebenen Erkenntnismöglichkeiten zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens die Mängelbeseitigung korrekt abgeschlossen hatte;⁷³ eine andere Auslegung würde dazu führen, dass die VOB/B-Klausel sinnlos wäre. Ohne Einbeziehung der VOB/B kann der Unternehmer allenfalls über eine entsprechende Anwendung von § 640 Abs. 1 BGB eine Abnahme seiner Nacherfüllungsleistung herbeizuführen versuchen. Ich halte eine solche entsprechende Anwendung für geboten; Rechtsprechung hierzu gibt es nicht.⁷⁴

Schafft es der Unternehmer, den Besteller zur Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung zu bewegen (in der Regel vernachlässigt der Unternehmer das bzw. macht der Besteller trotz Aufforderung keine Anstalten, eine solche Abnahme zu erklären), dürfte diese Abnahme Zäsurwirkung haben mit der Folge, dass der Besteller wegen erneut auftretender Probleme, die mit demselben Mangel zusammenhängen, nochmals eine angemessene Frist setzen muss.⁷⁵

D. § 643 Satz 1 BGB

I. Einleitung

§ 643 Satz 1 i.V.m. Satz 2 BGB ist eine sehr eigenartige Vorschrift. Nach S. 1 muss der Unternehmer dem Besteller zur Nachholung der (Mitwirkungs-)Handlung gem. § 642 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist bestimmen und dabei die Erklärung abgeben, „dass er [der Unternehmer] den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde“. Die nach dem Wortlaut berechnete Erwartung desjenigen, der den Gesetzestext unvoreingenommen liest bzw. als Besteller ein Schreiben des Unternehmers mit entsprechendem Wortlaut erhält, dass nach fruchtlosem Ablauf der angemessenen Frist eine separate Kündigungserklärung des Unternehmers dem Besteller zugehen müsse,⁷⁶ damit der Vertrag wirksam vorzeitig beendet werde (wobei, etwa wie zu § 281 Abs. 4 BGB, es im Belieben des Unternehmers stehe, eine solche Kündigung auszusprechen oder aber trotz des Fristablaufs am Vertrag festzuhalten), wird durch den Wortlaut des S. 2 enttäuscht. Demnach gilt der Vertrag als aufgehoben, wenn der Besteller die erforderliche Mitwirkungshandlung nicht bis zum Ablauf der Frist vornimmt. Es ist angesichts dieser Struktur der Vorschrift davon auszugehen, dass zahlreiche Besteller und Unternehmer⁷⁷ mit einem für sie unverhofften automatischen vorzeitigen Ende des Bauvertrags konfrontiert werden. Das gilt insbesondere deshalb, weil nicht ersichtlich ist, dass der Unternehmer über die korrekte Fristsetzung mit zusätzlicher Erklärung gemäß S. 1 hinaus die angewandte Norm und/oder die Rechtsfolge des § 643 Satz 2 BGB benennen müsse.

Für die nachfolgenden Überlegungen setze ich voraus, dass – wie in § 643 Satz 1 BGB vorausgesetzt – der Tatbestand des § 642 Abs. 1 BGB erfüllt ist. Hinzuweisen ist darauf, dass der Zeitpunkt, zu dem der Besteller seine Mitwirkungshandlung erbringen muss, nicht derjenige ist, zu dem der Unternehmer anbietet, die fertiggestellte Leistung zu übergeben und dadurch den Besteller in Annahmeverzug zu setzen. Vielmehr kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem der Unternehmer durch die fehlende Mitwirkung des Bestellers daran gehindert wird,

Arbeitsschritte auszuführen, die er nach dem Vertrag erbringen muss, um die Leistung, also das vertragsgerechte Werk, zu erstellen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige, in dem diese Arbeitsschritte des Unternehmers nach dem Vertrag, sonst nach einem geordneten und vom Unternehmer plausibel darzustellenden Ablauf, anfallen.⁷⁸ Durch ausnahmsweise explizite Regelungen, sonst durch die gebotene Vertragsauslegung ergibt sich, welche Mitwirkungshandlungen der Besteller zu erbringen hat.⁷⁹

II. Rechtsprechung

Das RG befasste sich 1908 mit einem Sachverhalt, in dem der Besteller den Unternehmer mit dem „Überbau [eines] Dampfers“ des Bestellers beauftragt hatte. Nach dem Vertrag sollte der Besteller seinen Dampfer spätestens am 22.12.1906 auf die Werft des Klägers in S. bringen. Nachdem der Besteller mitgeteilt hatte, diesen Termin nicht einhalten zu können, forderte der Unternehmer ihn mit Schreiben vom 22.12.1906 dazu auf, den Dampfer spätestens bis zum 31.12.1906 anzuliefern, und kündigte an, nach Ablauf dieser Frist die Annahme der Leistung abzulehnen.

Im Hinblick auf etwaige Ansprüche des Unternehmers gem. §§ 643, 645 BGB befasste sich das RG mit der angemessenen Fristsetzung durch den Unternehmer als Voraussetzung des Anspruchs. Ob im konkreten Fall die Frist angemessen gesetzt worden sei, sei im Wesentlichen eine Frage tatsächlicher Beurteilung. Im Revisionsverfahren sei daher nur zu prüfen, ob die vom Unternehmer behaupteten Rechtsirrtümer vorlägen. Das verneinte das RG:

Es hielt dem Kläger vor, er habe sich selbst sagen müssen, „daß die Gestellung des Dampfers in der gesetzten Frist überhaupt schwerlich möglich war und er daher selbst die Frist für eine angemessene nicht habe halten können“. Zustimmend bezog sich das RG auf die vom Berufungsgericht festgestellten Umstände, die dem Unternehmer bekannt gewesen seien, hin,

„nämlich, daß sich das Schiff im Auslande befand, daß [der Besteller] ihm ausdrücklich mitgeteilt hatte, das Schiff könne nicht vor dem 7. Januar in S. eintreffen, und daß in der Regel ein Schiff nicht jeden Augenblick abfahren kann, sondern vielleicht noch zu löschen und Fracht oder Ballast einnehmen muß, daß dies durch die Weihnachtszeit und daß die Fahrt durch den Winter erschwert werde“.⁸⁰

Eine Aussage des BGH dazu, nach welchen Kriterien die angemessene Frist zu bestimmen ist, gibt es nicht. Der BGH wies jedoch 2017 darauf hin, dass der Unternehmer den Bauvertrag gem. § 643 BGB kündigen könne, um die aus einer etwaigen Lohn- oder Materialpreissteigerung sich ergebenden Nachteile zu vermeiden. Ferner führte

er aus, dass die Entschädigung gem. § 642 BGB nicht sämtliche dem Unternehmer aufgrund eines Annahmeverzugs des Bestellers entstehenden Nachteile erfasse, was sich mittelbar daraus ergebe, dass dem Unternehmer nach § 643 BGB unter den dortigen Voraussetzungen ein Kündigungsrecht zustehe. Diese Regelung wäre nach der Auffassung des BGH entbehrlich, wenn der Unternehmer ohnehin nach § 642 BGB eine nahezu vollständige Entschädigung für die infolge des Annahmeverzugs des Bestellers entstandenen Mehrkosten erhalte.⁸¹

Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung gibt es, soweit ersichtlich, lediglich ein Urteil des OLG Karlsruhe. Für die Beurteilung der Angemessenheit einer gesetzten Frist seien die gesamten Umstände des Falls zu berücksichtigen. Das OLG bewertete eine vom Unternehmer dem Besteller kurz vor der Durchführung der mündlichen Verhandlung vor dem OLG gesetzte Frist von insgesamt 14 Tagen, bestimmte aus Sicht des Unternehmers gebotene Mitwirkungshandlungen (ob diese erforderlich waren, prüfte das OLG nicht) vorzunehmen, als unangemessen kurz. Dies begründete es u.a. damit, dass der Besteller mit Sitz und Mitarbeitern in Deutschland die geforderten Handlungen in Georgien zu erbringen habe, diese nach dem Vortrag des Unternehmers umfangreiche Vorbereitungsarbeiten auslösten, die Arbeiten seit mehr als vier Jahren ruhten, was nicht allein der Besteller zu vertreten habe, und ein Grund für die plötzliche Eile des Unternehmers nicht zu erkennen sei. Die durch die unangemessen kurz gesetzte Frist ausgelöste angemessene Frist sei jedenfalls zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht abgelaufen.⁸²

III. Eigene Würdigung

Das Urteil des RG verblüfft. Warum ein Besteller trotz (ausnahmsweise klarer) vertraglicher Festlegung des Ablieferungstermins und der von Anfang an für ihn vorhersehbaren denkbaren Probleme, die rechtzeitige Ablieferung des Dampfers sicherzustellen, durch den Eintritt genau dieser Erschwernisse und die bloße Mitteilung, der Dampfer werde später abgeliefert, bewirken könne, dass die vom Unternehmer gesetzte Frist als nicht angemessen bewertet werde, erschließt sich nicht. Die einen sehr speziellen Einzelfall betreffenden Ausführungen des OLG Karlsruhe sind nicht verallgemeinerungsfähig, und dessen allgemeine Aussage, dass die gesamten Umstände des Falls zu berücksichtigen seien, ist ebenso abstrakt richtig wie wenig weiterführend. Folgende Aspekte sind aus meiner Sicht zentral:

1. Keine vertraglichen Pflichten, sondern Obliegenheiten des Bestellers Eufinger u.a. formulieren:

„Die Frage nach der Angemessenheit der Frist ist im Rahmen von § 643 BGB und § 9 Abs. 2 VOB/B im Einzelfall zu entscheiden. Die Nachfrist muss es dem Besteller bei Anspannung aller Mittel und Kräfte jedoch ermöglichen, die Leistung rechtzeitig abzuschließen, wobei davon ausgegangen werden kann, dass die Leistung bereits begonnen wurde. Mit anderen Worten: der Besteller muss die Möglichkeit haben, die fehlende Mitwirkungshandlung nachzuholen.“⁸³

Diese Aussagen beziehen sich also auch auf § 9 Abs. 1a), Abs. 2 VOB/B. Ob sie insoweit zutreffen, mag dahinstehen. Dafür könnte der Grundsatz der Selbstbindung des Bestellers als etwaigen Verwenders der VOB/B an ungünstige, zu seinen Lasten von der gesetzlichen Lage abweichende AGB-Klauseln⁸⁴ sprechen. § 9 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, nach dem der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist „zur Vertragserfüllung“ setzen muss, lässt nämlich die nötige Differenzierung zwischen Nr. 1 und Nr. 2 von § 9 Abs. 1 VOB/B vermissen.

Mir geht es allein um das Gesetzesrecht. Insoweit lässt sich konstatieren, dass die zitierten Formulierungen („Leistung“) auf das falsche Gleis führen. In der Regel sind die in §§ 642 f. BGB angesprochenen Mitwirkungshandlungen Obliegenheiten des Bestellers.⁸⁵ Für Obliegenheiten ist kennzeichnend, dass der Adressat der Obliegenheit – im hiesigen Zusammenhang: der Besteller – weder einem Erfüllungsanspruch noch einer Klage- und Vollstreckungsmöglichkeit oder einem Schadensersatzanspruch des Vertragspartners gem. § 280 BGB ausgesetzt ist. Allerdings kann der Besteller im Fall der Nichtbeachtung eine Einbuße an seinen eigenen Rechtspositionen erleiden. Da das Ausbleiben eines obliegenheitsgemäßen Verhaltens keine Pflichtverletzung darstellt, geht es nicht darum, ob die Pflichtverletzung „verschuldet“ ist.⁸⁶ Wo es keine Pflicht gibt, kann über die zur „Pflichterfüllung“ anzuwendende Sorgfalt nichts ausgesagt werden. Die Folgen eines obliegenheitswidrigen Verhaltens treten vielmehr ein, ohne dass es auf ein Verschulden des Bestellers ankäme. Damit treffen den Besteller die Folgen eines obliegenheitswidrigen Verhaltens auch dann, wenn er hierfür „nichts konnte“.⁸⁷

Damit erweist es sich als verfehlt, auf den rechtzeitigen Abschluss einer Leistung durch den Besteller zu rekurrieren. Folglich fehlt auch jede Grundlage dafür vorauszusetzen, dass der Besteller diese Leistung bereits begonnen habe. Ersichtlich handelt es sich um die Anlehnung an Formulierungen, die zur Bestimmung der angemessenen Frist i.S.v. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelt wurden (vgl. oben unter B.II), aber im Hinblick auf die an eine Obliegenheit des Bestellers anknüpfende angemessene Frist i.S.d. § 643 Satz 1 BGB untauglich sind.

2. Sinn und Zweck von § 643 BGB unter Berücksichtigung der Interessenlage des Unternehmers und des Bestellers und hieraus resultierende Vorgaben für die Länge der angemessenen Frist

Abstellen muss man vielmehr auf Sinn und Zweck von § 643 BGB. Der Unternehmer soll durch § 643 BGB die Möglichkeit bekommen, Klarheit zu gewinnen bzw. präziser: durch eine nach dieser Norm wirksame Kündigung zu schaffen. Dabei geht es nicht allein um das vom BGH 2017 zu Recht betonte Interesse des Unternehmers, nicht Nachteilen aufgrund befürchteter Kostensteigerungen ausgeliefert zu sein, ohne vom Besteller hierfür Ersatz nach § 642 BGB verlangen zu können. Genauso legitim können weitere Interessen des Unternehmers sein, also z.B. dass er langwierige und nicht immer vollends erfolversprechende Auseinandersetzungen mit dem Besteller vermeiden will, die um die Höhe der angemessenen Entschädigung gem. § 642 BGB kreisen und zu deren Vorbereitung der Unternehmer je nach seiner Betriebsstruktur u.U. externen, vom Besteller nicht zu vergütenden anwaltlichen oder sachverständigen Rat einholen muss, oder dass er die ohne Vertragsbeendigung unverändert für diesen Vertrag mit dem Besteller bereitzuhaltenden Produktionsmittel je nach Auftragslage nutzbringender für andere Vorgänge einsetzen kann.⁸⁸ Dass derartige Probleme nicht eintreten würden und er störungsfrei

„durcharbeiten“ könne, durfte der Unternehmer aufgrund des Vertrags und der darin entweder durch einen Fertigstellungstermin oder nach § 271 Abs. 1 BGB zu bestimmende Bauzeit berechtigterweise voraussetzen.

Der Besteller hat ein legitimes Interesse daran, dass der von ihm zu bestimmten Konditionen (was insbesondere die Höhe des Werklohns angeht) gebundene Unternehmer weiterhin zur Verfügung steht, weil der Besteller befürchten muss, nach einer berechtigten Kündigung des Vertrags durch den Unternehmer mit schlechteren Konditionen (= höherem Werklohn) konfrontiert zu werden, wenn er in der dadurch begründeten, tendenziell schlechten Verhandlungsposition dieselbe Leistung an einen Zweitunternehmer vergibt. Dieses Interesse wiegt aber weniger schwer deshalb, weil der Besteller ansonsten durch die für den Unternehmer ungünstige Rechtsfolge auf der Vergütungsseite nicht nennenswert belastet wird: Anders als etwa nach § 648 Satz 2 BGB oder einer vom Unternehmer aus wichtigem Grund ausgesprochenen Kündigung des Vertrags, der eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Bestellers zugrunde liegt, muss gem. § 645 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BGB der Besteller dem Unternehmer lediglich den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und den Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen erstatten. Hinzu kommt, dass zwar gemäß den obigen generellen Erwägungen hinsichtlich eines obliegenheitswidrigen Verhaltens des Bestellers kein Verschulden i.S.v. § 276 BGB bestehen kann, aber in der Mehrzahl der praktisch relevanten Fälle des Annahmeverzugs des Bestellers Ereignisse vorliegen, die mit den Worten des BGH „der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind“.⁸⁹ So kann von einem Besteller erwartet werden, wenn er dem Unternehmer einen Baubeginn vorgibt, durch rechtzeitige Vertragsgestaltung und Gesamtablaufplanung sicherzustellen, dass eine nötige Mitwirkungshandlung (z.B. Abbruch eines Bestandsgebäudes durch einen Vorunternehmer vor Beginn der Aushub- und Rohbauarbeiten des Unternehmers) rechtzeitig abgeschlossen ist, dass jedenfalls zum vertraglich vorgesehenen Baubeginn die Baugenehmigung vorliegt oder dass er, soweit die Planungsverantwortung beim Besteller liegt, die nötigen Planungen dem Unternehmer mit hinreichendem Vorlauf für dessen Arbeitsvorbereitung überlässt. Höher ist dagegen das Interesse des Bestellers zu gewichten mit der Folge, dass die Frist länger sein muss, um angemessen zu sein, wenn z.B. unverhofft Störungen auftreten, die es dem Besteller unmöglich machen, ein aufnahmebereites Baugrundstück zur Verfügung zu stellen, etwa aufgrund überraschender archäologischer Funde und eines daher von den Behörden angeordneten Baustopps, aufgrund von Überschwemmungen oder aufgrund eines Ausfalls einer nötigen Vorleistung aufgrund unüberwindbarer pandemiebedingter Erschwernisse für diesen Vorunternehmer.

Für den Regelfall einer der Sphäre des Bestellers zuzurechnenden Behinderung überwiegt deutlich das Interesse des Unternehmers, kurzfristig Klarheit zu erhalten und nicht für die komplette Dauer eines oft längeren Annahmeverzugs des Bestellers auf einen oft schwer durchsetzbaren, allenfalls verzögert ausgezahlten und nicht alle denkbaren Mehrkosten und Erschwernisse abdeckenden Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB verwiesen zu werden. Demnach ist in diesen Fällen eine Frist von ca. 5–10 Arbeitstagen angemessen, nach deren fruchtlosem Ablauf bei Einhaltung der sonstigen Formalien des § 643 Satz 1 BGB der Vertrag als aufgehoben gilt. Anders mag es sich verhalten, wenn bei wertender objektiver Betrachtung die unterbleibende Mitwirkungshandlung des Bestellers auf für diesen unverhofft eintretenden Umständen beruht. Aber auch dann verbleibt nach Sinn und Zweck des § 643 BGB das Risiko beim Besteller, innerhalb einer etwas längeren (als ca. 5–10 Arbeitstagen) angemessenen Frist die nötige Mitwirkungshandlung nicht erbringen zu können und mit einer vorzeitigen Beendigung des Bauvertrags konfrontiert zu sein.

Dieser Lösungsansatz entspricht in keiner Weise dem der herrschenden Meinung,⁹⁰ die mehr oder weniger einhellig die zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB anerkannten Kriterien direkt oder leicht abgewandelt heranzieht. Peters z.B. fordert, dass die Frist „zunächst zur Erbringung der Mitwirkungshandlung oder Beseitigung der Behinderung

ausreichend bemessen sein [muss], ohne dass sie doch großzügig bemessen sein müsste, weil das den berechtigten Interessen des Unternehmers widersprechen würde und sich der Besteller bereits im Annahmeverzug befindet“.⁹¹ Jordan/Raab formulieren: „Angemessen ist die Frist, wenn von dem Besteller redlicherweise erwartet werden kann, dass er die Handlung innerhalb des genannten Zeitraums vornimmt. Die Länge der Frist hängt daher maßgeblich davon ab, wie viel Vorbereitungszeit dem Besteller einzuräumen ist.“⁹²

Legt man die hier vertretene Lösung zugrunde, wird oft bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist von 5–10 Kalendertagen setzen müsste, feststehen, dass der Besteller die Mitwirkungshandlung nicht fristgerecht nachholen kann. Damit kann die Fristsetzung als unnötige Förmerei entbehrlich sein. Der Unternehmer muss aber gleichwohl auch in diesem Fall den Besteller über diese Rechtslage informieren und mitteilen, dass deshalb der Vertrag als gem. § 643 Satz 2 BGB gekündigt gilt.

E. § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB

I. Einleitung

Für meine nachfolgenden Überlegungen setze ich voraus, dass der Besteller zur Stellung einer Sicherheit verpflichtet ist, also nicht zu dem von § 650f Abs. 6 Satz 1 BGB erfassten Personenkreis gehört. Ansonsten sollen für meine nachfolgenden Überlegungen das Sicherungsverlangen beanstandungsfrei sein, insbesondere der zur Sicherheit angeforderte Betrag sich im Rahmen dessen halten, was maximal der Unternehmer gem. § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB als noch nicht gezahlte Vergütung zuzüglich einer Pauschale von 10 % für Nebenforderungen beanspruchen kann, und der Unternehmer unter Berücksichtigung des Wahlrechts des Bestellers „offen“ eine Sicherheit gem. § 650f BGB und nicht etwa ausschließlich eine Bürgschaft verlangen.⁹³

II. Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bestimmung der angemessenen Frist

Ein Urteil des VII. Zivilsenats von 2005, ergangen zu dem insoweit wortlautidentischen § 648a BGB a.F., enthält folgende Aussagen:

„Dem Unternehmer steht nach § 648a Abs. 1 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er dem Besteller zur Leistung der Sicherheit eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, dass er nach dem Ablauf der Frist die Leistung verweigere und die Frist fruchtlos abgelaufen ist. Welche Frist angemessen ist, lässt sich nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bestimmen. Der Gesetzgeber hat bewußt die Dauer der zu setzenden Frist nur mit dem unbestimmten

Begriff ‚angemessen‘ umschrieben. Sie soll nach der Begründung des Gesetzes so bemessen sein, dass dem Besteller ermöglicht wird, die Sicherheit ohne schuldhaftes Verzögern zu beschaffen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in der Regel Verhandlungen mit einem oder mehreren baufinanzierenden Kreditinstituten geführt werden müssen. Dazu wird nach der Vorstellung des Gesetzgebers in der Regel eine Frist von sieben bis zehn Tagen erforderlich sein (BT-Drucks. 12/1836, S. 8).

Welche Frist danach im Einzelfall angemessen ist, obliegt der Beurteilung durch den Tatrichter. Dieser hat zu berücksichtigen, dass schuldhaftes Verzögern im Sinne der Gesetzesbegründung sich nicht allein an den konkreten Verhältnissen des jeweiligen Bestellers ausrichtet. Vielmehr ist grundsätzlich darauf abzustellen, was von einem Besteller zu verlangen ist, der sich in normalen finanziellen Verhältnissen befindet. Ein solcher Besteller handelt nur dann ohne schuldhaftes Verzögern, wenn er die Beschaffung der Sicherheit soweit wie möglich beschleunigt. Denn der Unternehmer hat ein schützenswertes Interesse daran, die Sicherheit so schnell wie möglich zu erhalten, weil er bis zu deren Erhalt eine ungesicherte Vorleistung erbringen muß.⁹⁴

Im Anschluss an dieses Urteil führte klarstellend der BGH 2010 ebenfalls zu § 648a BGB a.F. aus, in die Erwägung, ob eine angemessene Frist gesetzt worden sei, müsse auch einfließen, ob die Rechtslage klar sei. Sei eine unklare Rechtslage z.B. dadurch geschaffen worden, dass der Unternehmer sich weigere, nach dem Vertrag noch geschuldete Arbeiten ohne zusätzliche Vergütung zu erbringen, und müsse die Höhe der Sicherheit mangels verllässlicher Angaben in der Anforderung der Sicherheit noch durch den Besteller ermittelt werden, könne die Setzung einer längeren Frist geboten sein. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass in einem solchen Fall möglicherweise anwaltliche Beratung notwendig sei. Ebenso müsse berücksichtigt werden, dass die Beschaffung einer Bürgschaft jedenfalls nicht an Wochenenden und auch nicht an einem Feiertag, die in die Frist fielen, möglich sei. Eine Frist von nur fünf Werktagen dürfte regelmäßig zu kurz sein, wenn keine anderweitige Ankündigung des Sicherungsverlangens vorausgegangen sei.⁹⁵

2017 fasste der BGH unter Bezugnahme auf seine oben dargestellten Urteile zusammen, welche Frist angemessen sei, lasse sich nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bestimmen.⁹⁶

III. Würdigung der Rechtsprechung und eigene Überlegungen

1. Maßgeblichkeit des Zeitraums, in dem ein in normalen finanziellen Verhältnissen stehender Besteller die Sicherheit ohne schuldhaftes Zögern stellen kann

Der dem Urteil des BGH aus 2005 zu entnehmende Maßstab ist uneingeschränkt zutreffend. Bei genauer Betrachtung ist die vom BGH verwendete Formel nicht weit von der entfernt, die sich unter Anwendung von § 271

Abs. 1 BGB (den der BGH nicht zitiert) ergeben würde. Diese Abweichung etwa zu den deutlich höheren Anstrengungen, die in die Bestimmung der angemessenen Frist gem. § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber dem Unternehmer als dortigen Schuldner einfließen können, rechtfertigt sich dadurch, dass zwar ab Abschluss eines Bauvertrags ein Besteller damit rechnen muss, mit einem Sicherungsverlangen des Unternehmers konfrontiert zu werden.⁹⁷ Jedoch ist der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit ein verhaltener Anspruch. Deshalb darf der Besteller die Leistung ohne ein entsprechendes Verlangen des Unternehmers nicht von sich aus i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB bewirken.⁹⁸ Insbesondere wegen der ihn belastenden Kostentragungsregelung des § 650f Abs. 3 Satz 1 BGB muss sich der Unternehmer eine Sicherheit nicht aufdrängen lassen. Damit hat umgekehrt der Besteller keine Veranlassung, quasi auf Vorrat eine jederzeit auszureichende Sicherheit vorzuhalten. Damit scheidet es aus, in die Bestimmung einer angemessenen Frist – bei der es sich anders als zu den sonst im Rahmen dieses Beitrags untersuchten Fristen nicht um eine Nachfrist handelt (vgl. oben A) – zulasten des Bestellers einfließen zu lassen, dass er bereits früher tätig werden müssen oder dass ihm die Gelegenheit gegeben werde, eine (in der Regel) schuldhaftige Pflichtverletzung vor weiterer Eskalation zu beheben bzw. eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung wenigstens nachträglich zu erbringen.

2. Relevante Kriterien für die Bestimmung der angemessenen Frist

a) Nicht mit dem gebührenden Gewicht wurde bisher⁹⁹ das dem Besteller zustehende Wahlrecht, welche Sicherheit er stellt, berücksichtigt. Aufgrund der nach veröffentlichter Rechtsprechung (und meiner Praxiserfahrung) überwiegenden Vorgehensweise von Bestellern, Bürgschaften (§ 650f Abs. 2 BGB) als Sicherheit beizubringen, gerät häufig aus dem Blick, dass der Besteller gem. § 232 Abs. 1 BGB Sicherheit auch in einer der dort in sechs Varianten (teilweise mit Untervarianten) aufgezeigten Arten leisten kann.¹⁰⁰ Damit die vom Unternehmer gesetzte Frist angemessen ist, muss sie dem mit den Worten des BGH ohne schuldhaftes Verzögern um die Stellung der Sicherheit bemühten Besteller ermöglichen, die Sicherheit gem. §§ 650f Abs. 2, 232 Abs. 1 BGB zu erbringen, deren Stellung am längsten Zeit benötigt. Wenn z.B. ich in einer Blickverengung auf eine Bürgschaft eine Frist von 14 Kalendertagen als Faustregel angab und meinte, es sei nicht ersichtlich, dass andere Sicherheiten zügiger als eine Bürgschaft bewirkt werden könnten,¹⁰¹ ist das schief. Richtigerweise geht es darum, ob – wenn man an obiger, im Hinblick auf die Beschaffung einer Bürgschaft wohl jedenfalls für unternehmerisch tätige Besteller zutreffender Faustregel festhält – der Besteller auch alle sonst nach § 232 Abs. 1 BGB in Betracht kommenden Sicherheiten innerhalb von 14 Kalendertagen erbringen kann. Das setzt vertiefte empirische Prüfungen dazu voraus, wie lange es bei gehöriger Beschleunigung durch den Besteller dauert, Sicherheit in allen nach § 232 Abs. 1 BGB zulässigen Varianten zu leisten. Vorläufige Andeutungen mögen genügen:

(1) Die Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren richtet sich nach dem jeweiligen Landesrecht; ich möchte exemplarisch das Recht des Freistaats Bayern anführen. Nach Art. 10 Abs. 1 BayHintG kommt ein Hinterlegungsverhältnis zustande, sobald die Hinterlegungsstelle die Annahme des Gegenstands anordnete und dessen Hinterlegung vollzogen ist. Die Annahme des Gegenstands setzt einen Antrag des Hinterlegers auf Hinterlegung voraus (Art. 11 BayHintG). Vollzogen wird die Hinterlegung bei Geldsummen durch Gutschrift auf einem von der Hinterlegungsstelle bezeichneten Konto oder in Eilfällen durch Bareinzahlung bei der zuständigen Geldannahmestelle und bei Wertpapierguthaben durch Buchung auf einem von der Hinterlegungsstelle bezeichneten Depotkonto (Art. 12 Nr. 1, Nr. 2 BayHintG). Nach Einzahlung erteilt die Hinterlegungsstelle dem Einzahler als Eingangsquittung einen Hinterlegungsschein, im Fall der Bareinzahlung tut dies die annehmende Stelle (Ziffer 10.2 BayHiVV).

Beschreitet der Besteller den Weg der Hinterlegung, kann es, wenn er den normalen Weg geht, zu erheblichen Verzögerungen kommen, bis ihm das Aktenzeichen auf Antrag hin mitgeteilt wird und er dorthin die Sicherheit überweisen kann. Der Besteller ist daher dazu gehalten, gegenüber dem zuständigen Amtsgericht den Eilfall darzulegen, nämlich durch persönliche Vorsprache unter Vorlage des Bauvertrags und des Sicherungsverlangens mit der darin enthaltenen, regelmäßig knappen Frist, ehe er sehr kurzfristig (schon in diesem Termin) die Sicherheit in bar einzahlen kann, woraufhin der Besteller zur Vorlage beim Unternehmer einen Hinterlegungsschein erhält.¹⁰² Damit dürfte es bei gehöriger Beschleunigung durch diese – aufwendige – Bareinzahlung dem Besteller immer möglich sein, innerhalb von 14 Kalendertagen auch diese Art der Sicherheit zu stellen.¹⁰³

(2) Zu den Varianten „Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind“, und „Verpfändung beweglicher Sachen“ scheint mir, dass auch dies bei gehöriger Beschleunigung der Besteller innerhalb von 14 Kalendertagen durch Eintrag eines Verpfändungsvermerks im Schuldbuch¹⁰⁴ oder Abwicklung gem. §§ 1205 ff. BGB erledigen kann.

(3) Für die „Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken“ und die „Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht, oder [...] von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken“ ist die auf Grundlage von § 240a BGB ergangene Verordnung über die Anforderungen an Sicherheiten und die Anlage bestimmter Vermögen (SiV) zu beachten. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SiV sind Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken zur Sicherheitsleistung geeignet, wenn sie sicher sind. Das ist nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SiV der Fall, wenn die Hypothek, die Grundschuld oder die Ablösesumme der Rentenschuld die ersten 50 % des Grundstückswerts nicht übersteigt. Für die Ermittlung des Grundstückswerts verweist § 2 Abs. 2 Satz 1 SiV auf den nach § 16 Abs. 2 Satz 1–3 des Pfandbriefgesetzes i.V.m. der Beleihungswertermittlungsverordnung ermittelten Beleihungswert oder einen auf andere Weise nachhaltig erzielbaren Wert eines Grundstücks, der den Anforderungen von § 16 Abs. 2 Satz 1–3 des Pfandbriefgesetzes genügt. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 SiV darf der Zeitpunkt, zu dem der Grundstückswert ermittelt wurde, zum Zeitpunkt der Sicherheitsleistung nicht mehr als ein Jahr zurückliegen. Mit dem Grundstück fest verbundene Bauwerke können gem. § 2 Abs. 3 SiV werterhöhend berücksichtigt werden, sofern sie ausreichend versichert sind (Absicherung der erheblichen Schadensrisiken, die nach Art und Lage der jeweiligen Bauwerke bestehen, und Abdeckung der für eine Wiederherstellung der Bauwerke erwartungsgemäß aufzuwendenden Kosten).

Bewirkt dürfte eine derart gestellte Sicherheit sein, wenn nach Vorbereitung durch den Besteller die notarielle Beurkundung – unter Mitwirkung des Unternehmers – stattfand und die Eintragung erfolgte oder vor Eintragung eine Bindung des Bestellers an die Einigung unter den Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB besteht und der Notar einen unbedingten und unwiderruflichen Vollzugsauftrag erhielt. Im Hinblick auf die gebotene Beschleunigung wird der Besteller, um Verzögerungen bzw. Rechtsunsicherheit bis zur Eintragung im Grundbuch zu vermeiden, letzteren Weg beschreiten müssen; auch das dürfte sich in zwei Wochen bewerkstelligen lassen.¹⁰⁵

(4) Was die „Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind“, angeht, dürften die Überlegungen zu (3) entsprechend gelten. Die Abwicklung richtet sich indessen nach §§ 8, 77 je i.V.m. § 3 SchiffRG.¹⁰⁶

Damit dürfte nach vorläufiger Betrachtung, die sich aber wegen der in der Praxis selten auftretenden weiteren Sicherungsmöglichkeiten nicht auf verlässliche empirische Untersuchungen stützen kann, jedenfalls zulasten eines unternehmerisch tätigen Bestellers die bisherige Faustregel von 14 Kalendertagen weiterhin Gültigkeit beanspruchen können. Klarzustellen ist im Übrigen: Das dem Besteller eingeräumte Wahlrecht bedeutet nicht, dass der Besteller nach Belieben zwischen den unterschiedlichen Möglichkeiten, die Sicherheit ordnungsgemäß zu stellen, hin- und herwechseln kann und damit verbundene Verzögerungen in die Bewertung, ob die Frist angemessen ist, einfließen. Vielmehr ist von einem Besteller auszugehen, der sich zügig für eine Art der Sicherheitsleistung entscheidet und konsequent alle notwendigen Schritte unverzüglich einleitet, um dem Unternehmer diese Sicherheit zukommen zu lassen. Insoweit bleibt es aber aufgrund seines Wahlrechts dem Besteller überlassen, für welche Art der Sicherheit er votiert, denn Sinn und Zweck des Wahlrechts ist es, ihm die Wahl der für ihn „angenehmsten“ Art der Sicherheit zu ermöglichen. Sofern diese Wahl trotz gehöriger Anstrengung des Bestellers zu einer langsameren Abwicklung führt, als sie durch die Wahl einer anderen Art der Sicherheit möglich wäre, ist dies unschädlich und rechtfertigt keine Verkürzung der angemessenen Frist.

b) Was die persönlichen Verhältnisse des Bestellers angeht, ist nach Auffassung des OLG Stuttgart einem Verbraucher-Besteller ein längerer Zeitraum zur Stellung einer Sicherheit (wobei im dortigen Fall der Besteller eine Bürgschaft als Sicherheit leisten wollte) als einem unternehmerisch tätigen Besteller zuzugestehen. Ein Verbraucher sehe sich praktisch nie der Situation ausgesetzt, eine Bürgschaft stellen zu müssen, weshalb dies für ihn typischerweise länger daure.¹⁰⁷

Während diese Überlegungen im Hinblick auf eine gebotene generalisierende Betrachtung¹⁰⁸ nachvollziehbar sind und auf die oben angesprochenen sonstigen denkbaren Sicherheiten übertragbar sind, schoss das OLG München im Hinblick auf eine Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) als Besteller über das Ziel hinaus. Es erachtete im konkreten Fall unter Berücksichtigung von Osterfeiertagen acht Wochen als angemessenen Zeitraum und begründete dies damit, dass die WEG im Vorfeld einer gebotenen außerordentlichen Eigentümerversammlung die Sach- und Rechtslage umfassend klären und Kontakt mit möglichen Sicherungsgebern aufnehmen müsse. Eine Eilzuständigkeit des WEG-Verwalters etwa aus § 27 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 WEG a.F. sei nicht gegeben.¹⁰⁹ Dem ist nicht zu folgen: Von einer WEG, die einen Verwalter hat, ist zu erwarten, dass sie die Rechtslage kennt und in ihrer Entscheidungsfindung, die zum Abschluss des Bauvertrags führt, vorsorglich auch Beschlüsse fasst, dass und in welcher Form ggf. der WEG-Verwalter als Vertreter der WEG eine Sicherheit gem. § 650f BGB stellen darf und muss. Selbst wenn man eine derart vorausschauende Beschlussfassung von der WEG nicht verlangen wollte, ist nach dem WEG naheliegend, dass der WEG-Verwalter die Sicherheit sofort wirksam stellt, sofern dazu nicht der Abschluss eines Darlehensvertrags nötig ist (vgl. §§ 9b Abs. 1 Satz 1, 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG). Das Erfordernis, der WEG für ihre interne Willensbildung Zeit einzuräumen, spielt keine entscheidende Rolle, denn dem Grunde nach dürfte einzig die Entscheidung, die Sicherheit zu stellen, um gravierende Nachteile durch eine Leistungsverweigerung oder Kündigung des Unternehmers aus wichtigem Grund zu vermeiden, ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.

c) Unproblematisch erscheint, dass Feiertage und Wochenenden als Zeitraum, in denen eine Befassung des Bestellers mit dem Vorgang und eine konzentrierte Abwicklung nicht erwartet werden kann, herauszurechnen sind. Das betrifft vor allem die Zeiträume mit einer Häufung von Feiertagen wie Ostern, Pfingsten und vor allem das Jahresende zwischen Heiligabend und Neujahr bzw. in den südlichen Bundesländern bis Heilige Drei Könige.

d) Abstrakt ist zutreffend, dass eine schwierige Rechtslage zu einer Verlängerung der angemessenen Frist führen kann. Schwierig ist die Rechtslage aber nicht deshalb, weil z.B. ein Besteller noch nie etwas von § 650f BGB hörte

und deshalb über einen längeren Zeitraum das Sicherungsverlangen liegen lässt. Schwierig kann sie in Fällen werden, in denen wie in dem vom BGH zitierten Sachverhalt komplexe Fragen aufgeworfen werden, ebenso dann, wenn erstmals in einem Sicherungsverlangen der Unternehmer bisher zwischen den Bauvertragsparteien nicht diskutierte Nachtragsforderungen behauptet und in die Berechnung einstellt. Anders ist es aber, wenn über solche strittige Nachtragsforderungen die Bauvertragsparteien schon seit Monaten diskutieren und der Unternehmer sie in voller Höhe in Versicherungsverlangen einstellt. In diesem Fall hatte der Besteller bereits genug Zeit, gegebenenfalls auch anwaltlichen Rat beizuziehen, um sich über die Validität dieser Nachtragsforderungen klar zu werden.

3. Irrelevante Kriterien

a) Teilweise wird angedeutet, dass die Frist zur Stellung der Sicherheit länger sein müsse, wenn der Unternehmer eine hohe Forderung zur Absicherung begehre.¹¹⁰ Dem ist generell nicht beizutreten, denn der Besteller geht in einem solchen Fall mit dem Abschluss eines großen Bauvertrags eine Zahlungsverpflichtung in beträchtlicher Höhe ein. Mit anderen Worten: Wer als Besteller einen Bauvertrag über ein besonders großes Volumen abschließt, muss auch in dieser Größenordnung zur Sicherheitsleistung in der Lage sein; umgekehrt sind in diesen Fällen das Vorleistungsrisiko des Unternehmers mit jedem Tag weiterer Leistungserbringung und damit sein Absicherungsbedürfnis viel höher als zu einem kleinen Bauvertrag.

b) Nach Auffassung einiger Gerichte soll es eine Rolle spielen, dass der Besteller mit einem Sicherungsverlangen nicht rechnen musste¹¹¹ bzw. dass keine anderweitige Ankündigung eines Sicherungsverlangens vorausging,¹¹² bzw. umgekehrt, ob der Unternehmer es angekündigt hatte¹¹³ oder ob für den Besteller aufgrund einer vorhergehenden Zahlungsaufforderung des Unternehmers ein Sicherungsverlangen „nicht fernliegend“¹¹⁴ schien. Dem ist nicht beizutreten, weil der Unternehmer sein Sicherungsverlangen nicht ankündigen muss¹¹⁵ und eine derartige Ankündigung – oder als Minus: die nicht fernliegende Möglichkeit, der Unternehmer könne Sicherheit verlangen – keine Rechtswirkungen entfaltet, wenn sie nicht den Anforderungen entspricht, die sich aus § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB ergeben. Diese Betrachtungsweise wird gestützt durch das Urteil des BGH, dass der Anspruch auf Sicherheit ein verhaltener Anspruch ist.¹¹⁶

4. Fazit

Unter Berücksichtigung dieser Umstände dürfte die von mir bisher vertretene Auffassung, dass als Faustregel von einer 14-tägigen Frist als angemessen auszugehen sei, auch im Hinblick auf das richtigerweise umfassend zu berücksichtigende Wahlrecht des Bestellers weiterhin vertretbar sein, wenn der Besteller unternehmerisch tätig ist; wünschenswert wären aber empirische Untersuchungen dazu, wie schnell ein Besteller nach der ihm durch § 232 Abs. 1 BGB eingeräumten Wahlmöglichkeit bei gehöriger Beschleunigung die Sicherheit in den dort genannten Arten stellen kann. Sollten derartige Untersuchungen ergeben, dass auch nur hinsichtlich einer dieser Möglichkeiten trotz gehöriger Anstrengung der Besteller innerhalb von 14 Kalendertagen die Sicherheit nicht stellen kann, wäre von einer längeren angemessenen Frist auszugehen. Im Hinblick auf einen Verbraucher-Besteller mag – unter den soeben angesprochenen Prämissen bis zur etwaigen Widerlegung durch empirische Untersuchungen – eine geringfügige Erhöhung des maßgeblichen Zeitraums auf drei Wochen als Faustregel in Betracht kommen.

F. Zusammenfassung

Entgegen der Einleitung und meiner Arbeitshypothese zu Beginn meiner Überlegungen und trotz des einheitlichen Wortlauts ergeben sich je nach Norm z.T. deutlich unterschiedliche Kriterien dafür, welche Frist jeweils „angemessen“ ist. Insbesondere verbietet sich eine uneingeschränkte Übertragung der besonders ausgefeilten Rechtsprechungsgrundsätze zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die anderen von mir untersuchten Normen.

Zu § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB scheint mir besonders hervorhebenswert, dass nicht allein auf die Zeitspanne abzustellen ist, innerhalb derer der Unternehmer die geschuldete Leistung unter größtmöglichen Anstrengungen noch erbringen kann. Vielmehr ist in stärkerem Maße, als das bisher teilweise in der Rechtsprechung und Literatur geschieht, die normative Komponente zu berücksichtigen. Das kann dazu führen, dass der Unternehmer, der bis zum Fälligkeitszeitpunkt nicht in der Lage war, wenigstens eine weitgehend abgeschlossene Leistung zu erstellen, keine Chance mehr bekommt, die Leistung noch fertigzustellen, es sei denn, es ist ausnahmsweise eine extreme Beschleunigung der ausstehenden Restarbeiten möglich.

Für § 637 Abs. 1 BGB (und andere Normen des Werkvertragsrechts, die für Zahlungsansprüche aufgrund von Mängeln den vorherigen Ablauf einer angemessenen Frist voraussetzen) ist in konsequenter Fortschreibung der Symptomtheorie den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des Bestellers dadurch Rechnung zu tragen, dass ihm „nur“ abverlangt wird, eine angesichts der Symptome und der zugunsten des Unternehmers im Stadium nach Abnahme zu berücksichtigenden Anlaufschwierigkeiten angemessene Frist zu setzen. (Besonderheiten gelten indessen für Mängel, deretwegen der Besteller sich mit Abnahme seine Rechte vorbehielt, und für gravierende Mängel, deren schnellstmögliche Beseitigung geboten ist). Ist diese nach den dem Unternehmer obliegenden Überprüfungen und weitergehenden Überlegungen (objektiv) unangemessen kurz, muss der Unternehmer vor Ablauf der vom Besteller gesetzten Frist mit entsprechender Darlegung den Besteller informieren, damit dieser die Chance erhält, die Argumentation des Unternehmers zu überprüfen und gegebenenfalls die Frist angemessen zu verlängern. Tut der Unternehmer das nicht, ist die nach obigen Kriterien nachvollziehbar vom Besteller gesetzte Frist angemessen.

§ 643 Satz 1 BGB, in dem es um ausstehende Mitwirkungshandlungen als Obliegenheiten des Bestellers geht, hat einen völlig eigenständigen Normzweck, der die Übertragung der Grundsätze zu §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 637 Abs. 1 BGB ausschließt. Wegen des deutlich höheren Interesses des durch § 642 BGB nicht hinreichend geschützten Unternehmers, Klarheit zu erlangen und sich zügig wirksam vom Vertrag lösen zu können, sind kurze Fristen, auch wenn der Besteller innerhalb dieser seine Mitwirkungshandlung oft nicht nachholen können wird, angemessen.

Für § 650f Abs. 5 Satz 1 BGB lassen sich im Ausgangspunkt ähnliche Überlegungen anstellen wie zu § 271 Abs. 1 BGB. Bisher nicht gehörig berücksichtigt wurde aber das dem Besteller zustehende Wahlrecht, sodass es verfehlt ist, allein auf das in der Praxis beliebteste und verbreitete Sicherungsmittel, die Bürgschaft gem. § 650f Abs. 2 BGB, abzustellen. Vielmehr muss der Unternehmer eine Frist setzen, die hinsichtlich sämtlicher Alternativen, zwischen denen der Unternehmer nach §§ 650f Abs. 2, 232 ff. BGB wählen kann, angemessen ist und es dem Besteller ermöglicht, mit gehöriger Anstrengung die Sicherheit beizubringen. Nach vorläufiger Überprüfung dürfte jedoch vorbehaltlich vertiefter empirischer Erkenntnisse zu sämtlichen denkbaren Alternativen des § 232 Abs. 2 Abs. 1 BGB an der bisher von mir vertretenen Faustregel, dass eine Frist von 14 Kalendertagen ausreichend sei, festzuhalten sein. Für bei generalisierender Betrachtung unerfahrene Verbraucher-Besteller mag der Ansatz einer weiteren Kalenderwoche, sodass man bei drei Kalenderwochen landet, geboten sein.

*	Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Partner der SIENZ & SCHMITZ RECHTSANWÄLTE Partnerschaftsgesellschaft mbB.
1	Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 29.
2	Vgl. Bach, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, D Rdnr. 45.
3	Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 29.
4	www.duden.de/synonyme/angemessen (Abruf am 03.08.2023).
5	www.dwds.de/wb/angemessen (Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Abruf am 03.08.2023).
6	Vgl. https://woerterbuchnetz.de/?sigle=DWB&bookref=1.408.39#0 (= Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Abruf am 03.08.2023).
7	Kallhoff, in: Sandkühler, Enzyklopädie Philosophie, Hamburg 2021, S. 95.
8	Ich verwende nachfolgend in Zusammenhängen, in denen es nicht um werk-/bauvertragliche Beziehungen geht, die abstrakteren Begriffe „Schuldner“ und „Gläubiger“, dagegen in spezifisch werk-/bauvertraglichen Zusammenhängen die Begriffe „Unternehmer“ und „Besteller“.
9	Größere Relevanz gewinnt § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB im Werkvertragsrecht, soweit er in § 634 Nr. 4 BGB im Zusammenhang mit einem mängelbedingten Schadensersatzanspruch des Bestellers genannt wird. Diese zur Mängelbeseitigung vom Besteller zu setzende angemessene Frist ist aber strukturell mit der Frist des § 637 Abs. 1 BGB verwandt.
10	Bzw. zu § 323 Abs. 1 BGB oder der (allerdings etwas anders „funktionierenden“) Vorgängernorm des § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB, dem § 326 Abs. 1 BGB a.F.
11	Vgl. z.B. Peters, in: Staudinger, Neub. 2019, § 634 Rdnr. 49; Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 643 Rdnr. 2 und § 650f Rdnr. 19.
12	Nach dieser Norm ist der Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung Voraussetzung für eine formal nicht angreifbare Selbstvornahme durch den Besteller und seinen anschließenden Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen bzw. für einen Vorschussanspruch gem. § 637 Abs. 3 BGB. Andere mängelbedingte Zahlungsansprüche wie der Schadensersatzanspruch (§§ 634 Nr. 4, 636 BGB) und die Minderung (§§ 638 Abs. 1 Satz 1, 634 Nr. 3, 636 BGB) sowie der wirksame Rücktritt des Bestellers vom Vertrag (§§ 634 Nr. 3, 636 BGB) setzen ebenfalls den Ablauf einer angemessenen Frist voraus, sodass meine auf § 637 Abs. 1 BGB bezogenen Erwägungen für diese Normen fruchtbar gemacht werden können.
13	Vgl. Eufinger u.a., BauR 2021, 1362 (1365 ff.).
14	Grüneberg, in: dems., BGB, 82. Aufl. 2023, § 308 Rdnr. 12, sieht von § 308 Nr. 2 BGB die Fristen in den §§ 281, 323 und 637 BGB als erfasst.
15	Im Fall der Mängelbeseitigung geht es nach der nach seit 2002 gültigen Terminologie des Gesetzes um „Nacherfüllung“, was zeigt, dass der Unternehmer bereits innerhalb der für die Leistung (= „Erfüllung“) maßgeblichen Bauzeit eine mangelfreie Leistung hätte erbringen müssen. A.A. Peters, in: Staudinger, BGB, Neub. 2019, § 634 Rdnr. 53, weil der Unternehmer ja bereits, wenn auch mangelhaft, geleistet habe.
16	Vgl. dazu z.B. BGH, Urt. v. 06.02.1954 – II ZR 176/53, NJW 1954, 794.
17	Vgl. dazu z.B. BGH, Urt. v. 13.07.2016 – VIII ZR 49/15 Rdnr. 36, NJW 2016, 3654.
18	Vgl. dazu z.B. BGH, Versäumnisurt. v. 12.08.2009 – VIII ZR 254/08 Rdnr. 11, NJW 2009, 3153.
19	Selbst wenn der Gläubiger sehr lang abwartet, hebt dies die Folgen der fruchtlosen Fristsetzung nicht auf (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2006 – V ZR 124/05, BauR 2006, 1134). Der Schuldner kann sich also nicht z.B. auf den Rechtsgedanken des § 648a Abs. 3 i.V.m. § 314 Abs. 3 BGB berufen.
20	Das ist zu betonen im Hinblick auf die verbreiteten Bemühungen zahlreicher erfahrener Besteller, in ihren AGB einzelne mit Terminen/Fristen belegte Arbeitsschritte mit gravierenden Rechtsfolgen zulasten des Unternehmers zu verknüpfen, z.B. durch die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund bei Nichteinhaltung derartiger Zwischentermine und deren Bewehrung mit Vertragsstrafen. Eine derartige AGB-Vertragsgestaltung des Bestellers dürfte im Hinblick auf das Leitbild des Gesetzes und die regelmäßig fehlende Kompensation zugunsten des Unternehmers durch z.B. einen Anspruch auf Teilabnahme der entsprechenden Arbeiten (oder einer wenigstens auf sie bezogenen Zustandsfeststellung, wenn im Anschluss daran andere Unternehmer weiterarbeiten oder der Besteller diesen Bereich zu nutzen beginnt) oder das Recht, eine Teilschlussrechnung zu legen, unwirksam sein, was aber nicht Gegenstand dieses Beitrags ist.
21	Bzw. präziser: dazu führen, dass, anders als in § 280 Abs. 1 BGB vorausgesetzt, die Nicht-Einhaltung des Fälligkeitszeitpunkts keine schuldhaft Pflichtverletzung des Unternehmers darstellt.

22	Daneben kann ein automatischer Verzugseintritt (ohne Mahnung) sich z.B. aus einer entsprechenden „Fristenregelung“ im Bauvertrag über § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergeben, vgl. als Beispiel aus der Rechtsprechung BGH, Urt. v. 05.11.2015 – VII ZR 43/15 Rdnr. 18.
23	Vgl. BGH, Urt. v. 08.03.2001 – VII ZR 470/99, BauR 2001, 946.
24	Vgl. BGH, Urt. v. 21.10.2003 – X ZR 218/01, BauR 2004, 331.
25	RG, Urt. v. 24.11.1916 – II 392/16, RGZ 89, 123 (125).
26	RG, Urt. v. 24.11.1916 – II 392/16, RGZ 89, 123 (125). Unter Bezugnahme darauf fast wortlautidentisch BGH, Urt. v. 18.01.1973 – VII ZR 183/70, wobei der VII. Zivilsenat zur Verdeutlichung von der „Restleistung“ und der „restliche[n] [...] Erfüllung“ spricht und meint, dass die angemessene Nachfrist regelmäßig wesentlich kürzer sein könne als die vereinbarte Herstellungsfrist; BGH, Urt. v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320; BGH, Urt. v. 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640.
27	BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279 (Herv. nicht i.O!). Vgl. ähnlich BGH, Urt. v. 06.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855.
28	Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855.
29	Vgl. BGH, Urt. v. 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640.
30	Vgl. BGH, Urt. v. 18.01.1973 – VII ZR 183/70.
31	Vgl. BGH, Urt. v. 18.01.1973 – VII ZR 183/70; BGH, Urt. v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320.
32	Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.1984 – VII ZR 227/83, NJW 1985, 855.
33	Vgl. BGH, Urt. v. 07.10.1981 – VIII ZR 229/80, NJW 1982, 331.
34	Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279.
35	Vgl. BGH, Urt. v. 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640.
36	Vgl. BGH, Urt. v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320.
37	Vgl. etwa Höpfner, NJW 2016, 3633 (3637). Vgl. auch etwa die Erwägungen des OLG Köln, Urt. v. 15.09.1992 – 22 U 78/92, NJW-RR 1993, 949 [BGH 17.03.1993 - VIII ZR 180/92].
38	Vgl. nur die AGB-Vertragsgestaltung zahlreicher professioneller Besteller in der Vertragskette in Reaktion auf die Aussage des BGH, Urt. v. 18.12.1997 – VII ZR 342/96, BauR 1998, 330 (vgl. ebenso BGH, Urt. v. 25.01.2000 – X ZR 197/97, BauR 2000, 1050), dass der Tatrichter nach § 254 Abs. 2 BGB bspw. entscheiden müsse, ob und gegebenenfalls wann der Hauptunternehmer den Subunternehmer auf die Gefahr eines für den Subunternehmer ungewöhnlich hohen Schadens wegen einer auf den Hauptunternehmer bei Vertragsausführung zukommenden Vertragsstrafe aufmerksam zu machen habe.
39	Vgl. BGH, Urt. v. 17.01.1997 – V ZR 285/95, NJW-RR 1997, 622 [BGH 17.12.1996 - X ZR 74/95]; Grüneberg, in: dems., BGB, 82. Aufl. 2023, § 281 Rdnr. 17; Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, Neub. 2014, § 286 Rdnr. 182.
40	Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.1989 – IVb ZR 3/89, NJW-RR 1990, 323.
41	Zu letzterem ist manches streitig, vgl. etwa die Darstellung des Meinungsstands durch Löwisch/Feldmann, in: Staudinger, Neub. 2014, § 286 Rdnr. 183.
42	BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279.
43	Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 31.05.2007 – 24 U 150/04, BauR 2007, 1737.
44	In der Praxis ist für den Besteller problematisch, dass in den Fällen, in denen über § 271 Abs. 1 BGB die Fälligkeit der Leistung des Unternehmers (und damit die dem Unternehmer zur Verfügung stehende Zeit) zu ermitteln ist, gerade zu größeren Bauvorhaben Bewertungsspielräume und Unsicherheiten verbleiben, dies trotz der im Zweifel beim Unternehmer liegenden Darlegungs- und Beweislast. So kristallklar, wie ich es wegen der Schwerpunktsetzung meiner Ausführungen oben unter B.I voraussetze, sind die Verhältnisse selten.
45	Gänzlich anders und nicht nachvollziehbar OLG Stuttgart, Urt. v. 26.04.2001 – 19 U 217/00, BauR 2003, 108, das die normative Komponente vollständig ignorierte und allein darauf abstellte, wie viel Zeit der Unternehmer bei außerordentlichen Anstrengungen, ausgehend vom Bautenstand zum Zeitpunkt der Fristsetzung, zur Fertigstellung noch benötige. Wie verfehlt dieses Urteil ist, ergibt sich aus OLG Hamm, Urt. v. 31.05.2007 – 24 U 150/04, BauR 2007, 1737 (Folgeurteil zum selben Sachverhalt, aber mit vertauschten Parteirollen, weil nun der Unternehmer auf Basis des Urteils des OLG Stuttgart einen Schadensersatzanspruch gegen den Besteller verfolgte): Der Unternehmer befand sich zum Zeitpunkt der Fristsetzung durch den Besteller am 04.11.1996 (mit einer Frist zur Fertigstellung der Leistung bis zum 30.11.1996) bereits seit Ablauf des 30.06.1996 in Verzug; der Bautenstand zum Zeitpunkt der Fristsetzung v. 04.11.1996 lag nach der vom OLG Hamm durchgeführten Beweisaufnahme lediglich bei etwa 60 % der geschuldeten

	Leistung. Zu den außerdem nicht nachvollziehbaren Abläufen im Berufungsverfahren vor dem OLG Stuttgart vgl. die Darstellung im unstreitigen Teil des Tatbestands des Urteils des OLG Hamm (in BauR 2007, 1737 nicht abgedruckt, aber online abrufbar unter www.beck-online.beck.de oder www.ibr-online.de).
46	Vgl. hierzu allgemein BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10 Rdnr. 26, NJW 2012, 3714; OLG Hamm, Urt. v. 31.05.2007 – 24 U 150/04, BauR 2007, 1737. Vgl. auch Althaus, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 3. Aufl. 2013, § 5 Abs. 4 Rdnr. 37 a.E., 44.
47	BGH, Urt. v. 18.01.1973 – VII ZR 183/70: „Die Klägerin [Gläubiger] durfte [...] davon ausgehen, daß die Beklagte [Schuldner] in der von ihr als angemessen bezeichneten Frist und in den danach bis zur Bestimmung der Nachfrist abgelaufenen weiteren vier Monaten an der restlichen – Fertigstellung der Anlage gearbeitet hatte und sich zum vollen, notfalls ausschließlichen Einsatz aller ihrer Mittel zur Einhaltung der Nachfrist entschloß.“ (Herv. nicht i. O!).
48	Vgl. ebenso z.B. Schwarze, in: Staudinger, BGB, Neub. 2014, § 281 Rn. B 47: „[E] in säumiger Schuldner, dem noch dazu eine Nachfrist gesetzt werden musste, [ist] im Interesse des Gläubigers zu außerordentlichen Bemühungen verpflichtet [...].“
49	Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279.
50	Vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 12.08.2009 – VIII ZR 254/08 Rdnr. 7 ff., NJW 2009, 3153; krit. dazu z.B. Schwarze, in: Staudinger, BGB, Neub. 2014, § 281 Rn. B 43.
51	Vgl. z.B. BGH, Versäumnisurt. v. 12.08.2009 – VIII ZR 254/08 Rdnr. 11, NJW 2009, 3153.
52	Rechtlich begegnet eine Fristverlängerung durch den Gläubiger nach BGH, Urt. v. 10.01.1990 – VIII ZR 337/88, NJW-RR 1990, 442, keinen Bedenken, weil sie sich nur zugunsten des Schuldners auswirkt.
53	Diese Überlegungen stehen nicht im Einklang mit der überwiegenden Meinung, zu der ich verweise auf OLG Celle, Urt. v. 28.06.2006 – 7 U 235/05, NJW-RR 2007, 353; MünchKomm.-Ernst, BGB, 9. Aufl. 2022, § 281 Rdnr. 58; Grüneberg, in: dems., BGB, 82. Aufl. 2023, § 281 Rdnr. 16, nach der es abweichend vom Wortlaut des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB darauf ankommt, dass der Schuldner insgesamt sein Verhalten, das zur schlussendlichen Nichterfüllung (bei Ablauf der Nachfrist) führt, vertreten muss.
54	Vgl. ähnliche Erwägungen von MünchKomm.-Ernst, BGB, 9. Aufl. 2022, § 281 Rdnr. 59 („Möglichkeit eines Rückgriffs auf ein früheres Fehlverhalten des Schuldners“ [Herv. aus dem Original nicht übernommen!]).
55	Insoweit lässt sich der Rechtsgedanke des § 650b Abs. 1 Satz 3 BGB heranziehen. Auch wenn es sich um eine Beweislastregelung handelt, dürfte es dem Sinn und Zweck der Norm und dem praktischen Umgang vernünftiger Bauvertragsparteien entsprechen, dass vor einer etwa nötigen Beweisführung der Unternehmer den Besteller nach Zugang des Änderungsbegehrens des Bestellers gem. § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB erst einmal über derartige betriebsinterne Vorgänge, die eine spätere Anordnung gemäß diesem Änderungsbegehren unzumutbar machen, informiert.
56	Vgl. BGH, Urt. v. 07.10.1981 – VIII ZR 229/80, NJW 1982, 331.
57	Vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13 Rdnr. 44, 46 ff. m.w.N., BauR 2017, 1024; kritisch zu dem darin angesprochenen Abrechnungsverhältnis etwa Schmitz, FS Leupertz, 2021, 651.
58	Vgl. zu den Details die Grundsatzentscheidungen des BGH vom Januar 2017, bspw. BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13, BauR 2017, 1024.
59	Das in diesem Zusammenhang gelegentlich (vgl. z.B. Krause-Alleinsein, in: Kniffka/Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 637 Rdnr. 17) bemühte, schwer auffindbare Urt. des BGH v. 13.04.1961 – VII ZR 109/60 und VII ZR 132/60 (abgerufen am 06.09.2023 unter https://www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZR_109-60) befasst sich nicht mit einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung nach Abnahme, sondern betrifft ein Vorgehen des Bestellers gem. § 326 Abs. 1 BGB a.F. und enthält im Hinblick auf den heutigen § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB keine weiterführenden Aussagen.
60	BGH, Urt. v. 11.06.1964 – VII ZR 216/62.
61	BGH, Urt. v. 20.10.1992 – X ZR 107/90, NJW-RR 1993, 309.
62	BGH, Urt. v. 23.02.2006 – VII ZR 84/05 Rdnr. 30, BauR 2006, 979.
63	Vgl. Thode, ZfBR 1999, 116 (117).
64	Vgl. Peters, in: Staudinger, BGB, Neub. 2019, § 634 Rdnr. 54.
65	Vgl. Preussner, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2021, § 637 Rdnr. 10.
66	Vgl. BGH, Urt. v. 08.12.2011 – VII ZR 198/10 Rdnr. 12, BauR 2012, 494; BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 63/18 Rdnr. 15 ff., NJW 2019, 1874.
67	Vgl. zu dieser Schmitz, BauR 2015, 371 m.w.N. aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

68	Vgl. Leupertz/Halfmeier, in: PWW, BGB, 16. Aufl. 2021, § 634 Rdnr. 7; Sienz, BauR 2018, 376 (380 f.).
69	Das mündet u.U. in ein verbindlich abgestimmtes Vorgehen über den Ablauf der Nacherfüllung inkl. der damit etwa nötigen Einschränkungen der Nutzung des Bauvorhabens usw. (vgl. ähnlich Leupertz/Halfmeier, in: PWW, BGB, 16. Aufl. 2021, § 634 Rdnr. 7) und führt zu Rechtssicherheit für die Vertragsparteien (vgl. meine einleitenden Bemerkungen unter A a.E.).
70	Vgl. z.B. Jurgeleit, in: Kniffka u.a., Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rdnr. 305 unter Bezug auf OLG Hamm, Urt. v. 31.05.2007 – 24 U 150/04, BauR 2007, 1737 (dieses wies auf die Kooperationsverpflichtung des Unternehmers hin); Rast, in: Reiter, beck-online.Großkommentar BGB. Werkvertrag, 2018, § 637 Rdnr. 73 (Nebenpflicht des Unternehmers); Schulze-Hagen, IBR 2006, 322 [BGH 23.02.2006 - VII ZR 84/05] (Kooperationspflicht des Unternehmers).
71	Vgl. insoweit zu Recht krit. Sienz, BauR 2018, 376 (381).
72	Vgl. BGH, Urt. v. 03.07.1997 – VII ZR 210/96, BauR 1997, 1029. – Generell zur „Fortwirkung“ einer einmal hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs gesetzten fruchtlos abgelaufenen Frist BGH, Urt. v. 20.01.2006 – V ZR 124/05 Rdnr. 16 ff., BauR 2006, 1134.
73	Weitergehend vgl. BGH, Urt. v. 16.05.2019 – IX ZR 44/18 Rdnr. 27, NJW 2019, 2166, der ohne Problematisierung und ohne Nachweise eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme einer Mängelbeseitigungsleistung gemäß dieser VOB/B-Klausel als vertragliche Nebenpflicht annimmt.
74	Vgl. Schmitz, in: Festschrift Pause, 2022, 367 (373 f.).
75	Man könnte den Rechtsgedanken des § 362 BGB heranziehen. Vgl. auch die übertragbaren Überlegungen von OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 17.08.2011 – 12 U 125/08, das den Quasi-Verbrauch einer vom Besteller zur Erfüllung gesetzten Frist durch die nachfolgende Abnahme bejahte, so dass der Besteller erst nach erneuter Fristsetzung zur Nacherfüllung mangelbedingte Zahlungsansprüche durchsetzen hätte können.
76	Wenn man auf sprachliche Korrektheit Wert legt, könnte man außerdem monieren, es müsse heißen: „dass er den Vertrag kündigen werde“, um die Nachzeitigkeit zum Einleitungssatz korrekt abzubilden. Angesichts des verbreiteten Sprachgebrauchs, der in der Zukunft liegende Aktivitäten mit dem Präsens benennt (z.B.: „Er sagt, dass er nach Schweden in den Urlaub fährt.“), dürfte das aber nicht ausschlaggebend sein.
77	Besonders überraschende Ergebnisse können sich einstellen, wenn der Unternehmer von der Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag ausgeht und eine Frist gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 VOB/B setzt in der Annahme, nach deren fruchtlosem Ablauf abwägen zu können, ob er den Vertrag kündigt oder nicht, und er später vom Besteller bzw. dessen Anwalt oder einem Gericht darüber belehrt wird, dass die VOB/B nicht wirksam vereinbart gewesen sei bzw. dass das BGB vorgehe und mit fruchtlosem Ablauf der vom Unternehmer angemessen gesetzten Frist der Vertrag wirksam gem. § 643 Satz 2 BGB aufgehoben worden sei.
78	Vgl. Leupertz, BauR 2014, 381 (388 f.); vgl. auch Retzlaff, in: Kniffka/Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 642 Rdnr. 4 und 15; Sienz, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2021, § 642 Rdnr. 18 f.
79	Vgl. Leupertz, BauR 2014, 381 (386 f.); Retzlaff, in: Kniffka/Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 642 Rdnr. 31 ff.; Sienz, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2021, § 642 Rdnr. 15 ff.
80	RG, Urt. v. 16.06.1908 – III 512/07, WarnRspr. 1908 Nr. 625.
81	Vgl. BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17 Rdnr. 30 und 34, BauR 2018, 242 (unter Bezugnahme auf Sienz, BauR 2014, 390 [401]).
82	Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.01.2003 – 12 U 141/02.
83	Eufinger u.a., BauR 2021, 1362 (1366).
84	Vgl. allgemein dazu Rodemann, BauR 2020, 519.
85	Vgl. BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722; Glöckner, BauR 2014, 368 (371 f.); Leupertz, BauR 2014, 381 (386 ff.).
86	Vgl. ebenso BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17 Rdnr. 33, BauR 2018, 242, der aber zu Recht darauf hinweist, dass „es in der Regel um Ereignisse geht, die der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind“.
87	Zum vorstehenden Absatz vgl. die allgemeinen, also nicht auf § 642 BGB konzentrierten Ausführungen von: MünchKomm.-Ernst, BGB, 9. Aufl. 2022, Einleitung Schuldrecht Rdnr. 14 f. und § 280 Rdnr. 142.
88	Vgl. auch Langjahr, BauR 2021, 411 (418); Vogel, BauR 2011, 313 (327).
89	BGH, Urt. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17 Rdnr. 33, BauR 2018, 242.
90	Vgl. zu dieser über die zitierten Autoren hinaus z.B. MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, § 643 Rdnr. 4; Leupertz/Halfmeier, in: PWW, BGB, 16. Aufl. 2021, § 643 Rdnr. 2; Retzlaff, in: Kniffka/Jurgeleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 643 Rdnr. 9; Voit, in: Bamberger u.a., BGB, 4. Aufl. 2019, § 643 Rdnr. 3.

91	Peters, in: Staudinger, BGB, Neub. 2019, § 643 Rdnr. 11.
92	Jordan/Raab, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 643 Rdnr. 6.
93	Zur strittigen Frage, ob in letzterem Fall das Sicherungsverlangen unwirksam ist, vgl. Schmitz, in: Kniffka/Jurgleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 650f Rdnr. 149 m. w. N.
94	BGH, Urt. v. 31.03.2005 – VII ZR 346/03, BauR 2005, 1009. Die vom Unternehmer gesetzte Frist von zwei Tagen bewertete der BGH in diesem Urteil als „außergewöhnlich kurz bemessen“.
95	Vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2010 – VII ZR 22/09 Rdnr. 22, BauR 2011, 514.
96	Vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2017 – VII ZR 34/15 Rdnr. 32, BauR 2018, 526.
97	Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 01.03.2006 – 12 U 2379/04.
98	Vgl. BGH, Urt. v. 25.03.2021 – VII ZR 94/20, BauR 2021, 1139.
99	Vgl. aber Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 650f Rdnr. 19, der das Problem anspricht, wenn auch nur bezogen auf das Verhältnis zwischen der – nach seiner Auffassung – schneller möglichen Hinterlegung von Barmitteln und der üblicherweise länger dauernden Beschaffung einer Bürgschaft.
100	Auch eine Kombination mehrerer (Teil-)Sicherungen nebeneinander kommt in Betracht, vgl. MünchKomm.-Grothe, BGB, 9. Aufl. 2021, § 232 Rdnr. 2.
101	Vgl. Schmitz, in: Kniffka/Jurgleit, Bauvertragsrecht, 4. Aufl. 2022, § 650f Rdnr. 154.
102	Vgl. die mir am 11.09.2023 vom AG München – Hinterlegungsstelle – telefonisch gegebenen Informationen zu den Abläufen in derartigen Einfällen; nach dortiger Aussage gibt es etwa 15 Fälle pro Jahr, in denen Besteller Sicherheit gem. § 650f BGB auf diese Weise beschleunigt leisten.- Soweit dort bekannt, werde die Abwicklung in den anderen Bundesländern auf Grundlage des dortigen Landesrechts nicht anders gehandhabt.
103	Womit sich die obige Kommentierung von Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 650f Rdnr. 19, als zutreffend erweist.
104	Vgl. MünchKomm.-Grothe, BGB, 9. Aufl. 2021, § 232 Rdnr. 6 a.E.
105	Für die Briefhypothek genügt die Verpfändung der Forderung durch Einigung mit schriftlicher Verpfändungserklärung und Briefübergabe (vgl. Wicke, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1274 Rdnr. 5a).
106	Vgl. MünchKomm.-Grothe, BGB, 9. Aufl. 2021, § 232 Rdnr. 8.
107	Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 21.12.2021 – 10 U 149/21, NZBau 2022, 404.
108	Im Einzelfall mag es Fälle geben, in denen ein Unternehmer im Sinn von § 14 BGB, der nicht aus der Baubranche kommt und einmalig baut (z.B. ein Autohändler), deutlich größere Schwierigkeiten mit dem Verständnis und der Abwicklung von § 650f Abs. 5 BGB hat als ein informierter Verbraucher i.S.v. § 13 BGB (z.B. der in privaten Angelegenheiten handelnde Baurechtsanwalt oder der Geschäftsführer eines großen Bauunternehmers).
109	Vgl. OLG München, Hinweisbeschl. v. 06.03.2017 und Beschl. v. 22.05.2017 – 28 U 4449/16.
110	Vgl. LG Leipzig, Urt. v. 07.12.2001 – 05 HK O 4853/01.
111	Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 16.08.2001 – 2 U 17/01, BauR 2003, 556.
112	Vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2010 – VII ZR 22/09 Rdnr. 22, BauR 2011, 514.
113	Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 23.01.2020 – 12 U 195/17, BauR 2020, 1972.
114	OLG Hamm, Urt. v. 28.02.2008 – 24 U 81/07.
115	Vgl. nunmehr auch unmissverständlich BGH, Urt. v. 23.11.2017 – VII ZR 34/15 Rdnr. 27, BauR 2018, 526, was eine implizite Aufgabe der noch 2010 geäußerten Auffassung darstellt.
116	Vgl. BGH, Urt. v. 25.03.2021 – VII ZR 94/20, BauR 2021, 1139.

