

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Prof. Dr. Oliver Moufang
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2021, 876 - 883 (Heft 6)
Verlag	Werner Verlag

Moufang, BauR 2021, 876

„Mängel“rechte vor bzw. ohne Abnahme – rechtliche Möglichkeiten des Bestellers nach dem BGB-Bauvertrag



von Rechtsanwalt Prof. Dr. Oliver Moufang, Frankfurt am Main

Gegenstand dieses Beitrages ist die Frage, welche rechtlichen Möglichkeiten dem Besteller eines BGB-Bauvertrages gegen den bauausführenden Unternehmer zur Verfügung stehen, wenn sich in der Herstellungsphase vor Abnahme nicht vertragsgemäße, weil „mangelhafte“ Leistungen zeigen, an deren unverzüglichen Beseitigung der Besteller ein sachliches Interesse hat. Der Weg über die Mängelrechte nach [§ 634 BGB](#) ist versperrt. Stattdessen muss sich der Berater des Bestellers in das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB und damit auf nach wie vor ungewohntes Terrain begeben.

I. Die Ausgangssituation

Der BGH hat in drei Grundsatzentscheidungen jeweils vom 19.01.2017 entschieden, dass der Besteller die Mängelrechte nach [§ 634 BGB](#) grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks geltend machen kann.¹ Die vom BGH entschiedenen Ausnahmefälle, in denen der Besteller zur Geltendmachung der Mängelrechte vor bzw. ohne Abnahme berechtigt ist, sind dadurch gekennzeichnet, dass (a) der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten und (b) der Besteller seinen Erfüllungsanspruch verloren hat.² Letzteres ist dann der Fall, wenn der Besteller

- nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt, [§ 281 Abs. 4 BGB](#),
- nur noch Minderung des Werklohns erreichen will,
- vom Werkvertrag zurücktreten will oder
- das Vertragsverhältnis aus sonstigen Gründen in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, zum Beispiel dadurch, dass der Besteller einen Kostenvorschuss für die Beseitigung des Mangels verlangt und zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer zusammenarbeiten zu wollen.³

Diese BGH-Entscheidungen sind zum modernisierten Schuldrecht ergangen. Auch das neue Bauvertragsrecht enthält keine Regelung, wonach dem Besteller vor Abnahme Mängelrechte zustehen; im Gegenteil ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass dem Besteller solche Rechte nicht zustehen.⁴

Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Abnahme.⁵ Aus diesem Grund sollte der Begriff des „Mangels“ bzw. der „mangelhaften“ Leistung in der Herstellungsphase vor Abnahme nicht verwendet werden. Stattdessen sollte – wie in [§ 632a Abs. 1 Satz 2, 3 BGB](#) – dogmatisch genauer von einer „nicht vertragsgemäßen“ Leistung die Rede sein.⁶

II. Die Betonung der Dispositionsfreiheit des Unternehmers durch den BGH

Dieser Teil der Begründung der BGH-Entscheidungen ist für den weiteren Gang der Untersuchung von Bedeutung, weil die hier erwähnte Dispositionsfreiheit des Unternehmers auf die anderen Rechte, die dem Besteller in der Herstellungsphase anstelle der Mängelrechte nach [§ 634 BGB](#) zustehen, ausstrahlt und – wie noch zu zeigen sein wird – auch dort zu erheblichen Einschränkungen führt. Bei diesen anderen Rechten handelt es sich um den

Erfüllungsanspruch des Bestellers aus [§ 631 Abs. 1 BGB](#) und die Rechte des Bestellers aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht, wie etwa Schadensersatz neben der Leistung, [§ 280 Abs. 1 BGB](#), Schadensersatz statt der Leistung, [§§ 281, 280 BGB](#), Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, [§§ 280 Abs. 2, 286 BGB](#), Rücktritt nach [§ 323 BGB](#) oder Kündigung aus wichtigem Grund nach [§ 648a BGB](#).⁷ Der BGH meint, dass die Interessen des Bestellers an einer vertragsgemäßen Herstellung durch diese Rechte angemessen gewahrt sind.⁸ Demgegenüber hat sich der Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht des 3. Deutschen Baugerichtstages bereits im Mai 2010 dazu wie folgt geäußert:

„Er (der Besteller) hat daher ein ganz besonderes und schutzwürdiges Interesse daran, dass das Bauvorhaben von vornherein vertragsgemäß erstellt wird. Das allgemeine Leistungsstörungsrecht der [§§ 280, 281, 323 BGB](#) bietet ihm dabei keine Hilfe. Es sieht nur sehr begrenzte Reaktionsmöglichkeiten – Rücktritt und Schadensersatz – vor, an denen der Besteller häufig gerade nicht interessiert ist.“⁹

III. Das Leistungsverweigerungsrecht aus [§ 632a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB](#)

Dass dem Besteller vor Abnahme keine Mängelrechte nach [§ 634 BGB](#) zustehen, ändert nichts daran, dass er das ihm nach [§ 632a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB](#) zustehende Leistungsverweigerungsrecht ausüben kann.¹⁰ Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer, was sich bereits aus [§ 363 BGB](#) ergibt und in [§ 632a Abs. 1 Satz 3 BGB](#) nur noch einmal klargestellt wird. Die Höhe des Leistungsverweigerungsrechts ergibt sich aus [§ 632a Abs. 1 Satz 2 und Satz 4 BGB](#) i.V.m. [§ 641 Abs. 3 BGB](#); ein angemessener Einbehalt entspricht in der Regel dem Doppelten der für die Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung erforderlichen voraussichtlichen Kosten. Im Streitfall muss der Unternehmer die Höhe dieser Kosten darlegen und beweisen.¹¹

Auch wenn damit für den Besteller durchaus eine komfortable Rechtsposition verbunden ist, hat er in der Regel doch ein weitergehendes Interesse, das eben darin besteht, die nicht vertragsgemäße Leistung noch in der Herstellungsphase beseitigen zu lassen und zwar idealerweise durch den bauausführenden Unternehmer selbst.¹² Wie kann der Besteller das erreichen? Welche rechtlichen Möglichkeiten hat er, den Unternehmer zu einer Beseitigung der nicht vertragsgemäßen, weil „mangelhaften“, Leistung zu bewegen?

IV. Die maßgeblichen Zeitpunkte

Mindestens zwei Zeitpunkte haben in der Herstellungsphase entscheidende Auswirkung auf die Rechte des Bestellers: der Zeitpunkt vor Ablauf der Fertigstellungsfrist und der Zeitpunkt nach Ablauf der Fertigstellungsfrist.¹³

Der Zeitpunkt der Fertigstellungsfrist entspricht dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Herstellungsanspruchs aus [§ 631 Abs. 1 BGB](#).¹⁴ Die Fälligkeit des Herstellungsanspruchs wiederum ist grundsätzlich Voraussetzung für das Entstehen der Sekundärrechte aus [§ 281 Abs. 1](#), [§ 323 Abs. 1](#) und [§§ 286, 280 Abs. 1, 2 BGB](#).¹⁵ Der Zeitpunkt der Fertigstellungsfrist bestimmt sich entweder nach einem vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin oder dem Ablauf einer angemessenen Fertigstellungsfrist, die unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände zu ermitteln ist.¹⁶

1. Rechte des Bestellers vor Ablauf der Fertigstellungsfrist

Vor Ablauf der Fertigstellungsfrist ist der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht fällig. Nach der gesetzlichen Systematik kann der Besteller dem Unternehmer vor Fälligkeit der Leistung keine wirksame Frist zur Leistung setzen.¹⁷ Dem Besteller fehlt hierfür nach Auffassung des BGH auch das schützenswerte Interesse. Denn die Nachfrist könnte ohnehin nicht vor Fälligkeit der Leistung beginnen und es kann dem Besteller im Regelfall zugemutet werden, die Fälligkeit der Leistung bis zur Fristsetzung abzuwarten.¹⁸ Zudem fehlt es der mit der Fristsetzung verbundenen Warnfunktion an einer ausreichenden Grundlage, die darin besteht, dass die Fälligkeit der Leistung eingetreten ist.¹⁹ Dem entspricht auf der anderen Seite die Dispositionsfreiheit des Unternehmers: Er hat sich zu einem bestimmten Werkerfolg verpflichtet, sodass es grundsätzlich ihm überlassen bleibt, wie er den Erfolg erreicht.²⁰ Er ist eben nicht zur jederzeitigen Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung während der Herstellungsphase verpflichtet. Er ist grundsätzlich berechtigt, den Herstellungsprozess in zeitlicher Hinsicht eigenverantwortlich zu steuern.²¹

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass der Besteller vor Ablauf der Fertigstellungsfrist grundsätzlich keine Möglichkeit hat, vom Unternehmer die Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung zu verlangen und er dem Unternehmer insoweit auch keine wirksame Frist setzen kann.

a) Die unzumutbare Erfüllungsgefährdung

Allerdings gibt es Fallkonstellationen, in denen die Dispositionsfreiheit des Unternehmers einzuschränken ist, weil dem Besteller ein Abwarten bis zur Fälligkeit nicht zumutbar ist. Die Gründe hierfür können sehr unterschiedlich sein. Zu klären ist, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen der Besteller in diesen Fällen schon vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs die Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung verlangen kann. Der BGH geht auch hierauf in seinen Entscheidungen vom 19.01.2017 wie folgt ein:[22](#)

„Allerdings stehen dem Besteller in der Herstellungsphase Erfüllungsansprüche und Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zur Verfügung, die unter Umständen schon vor Fälligkeit bestehen können, wie [§ 323 IV BGB](#) zeigt.“

[§ 323 Abs. 4 BGB](#) gewährt dem Gläubiger trotz fehlender Fälligkeit des Anspruchs ein Rücktrittsrecht, wenn offensichtlich ist, dass mit der Fälligkeit ein Rücktrittsrecht entstehen wird.[23](#) Die Bedeutung von [§ 323 Abs. 4 BGB](#) besteht nicht nur darin, dass er diese Voraussetzungen für den Rücktritt vor Fälligkeit regelt. Vielmehr ist die Vorschrift Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, dass unter bestimmten Voraussetzungen schon die Gefahr einer Rechtsverletzung in ihren Auswirkungen der vollendeten Rechtsverletzung gleichkommen kann. Ist die Gefahr erheblich, bietet das Schuldverhältnis für die Befriedigung der Gläubigerinteressen nicht mehr die Verlässlichkeit. Wegen des erheblich gestiegenen Leistungsrisikos kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, bis zum Eintritt der Pflichtverletzung abwarten zu müssen.[24](#) Schon unter Geltung des alten Rechts hat der BGH den allgemeinen Rechtsgedanken anerkannt, dass es Fälle gibt, in denen es dem Gläubiger nicht zuzumuten ist, den Zeitpunkt bis zur Fälligkeit bzw. des Ablaufs der nach Fälligkeit zu setzenden Frist abzuwarten, wenn offenkundig ist, dass eine nicht nur unerhebliche Pflichtverletzung eintreten wird.[25](#) So hatte der BGH entschieden, dass das Recht zur Kündigung auch dann bestehen kann, wenn die schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten ist, ihr Eintritt jedoch sicher ist. Nach dem BGH kann es dem Auftraggeber in aller Regel nicht zugemutet werden, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen.[26](#) Das BGB hat im allgemeinen Leistungsstörungsrecht keine allgemeine Regelung zur Erfüllungsgefährdung vorgesehen, sondern nur vereinzelt Gefährdungstatbestände geregelt, wie eben z.B. [§ 323 Abs. 4 BGB](#).[27](#)

Dabei enthält [§ 323 Abs. 4 BGB](#) nur eine partielle Regelung der sog. Erfüllungsgefährdung.[28](#) Die Vorschrift regelt nur den Fall des offensichtlich eintretenden künftigen Rücktrittsgrundes, enthält aber keine Regelung für den Fall, dass dem Gläubiger das Abwarten bis zur Fälligkeit aus anderen Gründen unzumutbar ist.[29](#) In dem zuletzt

genannten Fall soll [§ 323 Abs. 4 BGB](#) analoge Anwendung finden.³⁰ So hatte der BGH bspw. entschieden, dass der Besteller auch ohne Fristsetzung vom Vertrag sofort zurücktreten kann, wenn die Fortsetzung des Vertrags auch unter Berücksichtigung des Interesses des Unternehmers an der Vertragserfüllung für ihn unzumutbar ist. Im konkreten Fall hatte der Unternehmer in einer ungewöhnlichen Häufigkeit gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen, die zu gravierenden, statisch relevanten Mängeln geführt haben.³¹ In solchen Fällen dürfte sich allerdings auch argumentieren lassen, dass die Offensichtlichkeit der bevorstehenden Pflichtverletzung aus einer persönlichen Unzuverlässigkeit des Unternehmers bzw. aus seinem schweren Fehlverhalten resultiert.³²

b) Voraussetzungen für das Vorliegen einer unzumutbaren Erfüllungsgefährdung

Zu klären ist, welche Anforderungen in dem hier interessierenden Kontext, der Beseitigung nicht vertragsgemäßer, weil „mangelhafter“ Leistungen in der Herstellungsphase, an den Tatbestand der Erfüllungsgefährdung zu stellen sind. Dies zu bestimmen ist wichtig, weil es nur bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zu rechtfertigen ist, dass der Gefährdungstatbestand dem Tatbestand der Pflichtverletzung, der die Fälligkeit der Leistung immanent ist, gleichgesetzt wird.³³

Die Voraussetzungen der unzumutbaren Erfüllungsgefährdung hat der Besteller darzulegen und zu beweisen.³⁴ Allein die nicht vertragsgemäße Leistung genügt hierfür nicht; sie muss zusätzlich eine konkrete Erfüllungsgefährdung zur Folge haben. Ebenso reicht es nicht aus, wenn der Unternehmer die nicht vertragsgemäße Leistung trotz Fristsetzung durch den Besteller nicht beseitigt, denn eine solche Fristsetzung ist – wie dargelegt – vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs wirkungslos.

Bei der bevorstehenden Pflichtverletzung muss es sich stets um eine wesentliche, d.h. nicht nur unerhebliche Pflichtverletzung i.S.v. [§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB](#) handeln.³⁵

Soweit es um den in [§ 323 Abs. 4 BGB](#) geregelten Gefährdungstatbestand des offensichtlich eintretenden künftigen Rücktrittsgrundes geht, gilt Folgendes: Es muss offensichtlich sein, dass der Unternehmer bei Fälligkeit eine nicht vertragsgemäße Leistung erbringen wird.³⁶ Hinzukommen muss, dass auch eine Nachfristsetzung entbehrlich oder sinnlos ist, denn nur dann ist offensichtlich, dass ein Rücktrittsrecht entstehen wird.³⁷ Es geht um eine objektive Prognose aus der ex-ante Sicht eines verständigen Dritten in der Lage des Bestellers; in die Prognose sind sämtliche Voraussetzungen des Rücktritts gem. [§ 323 BGB](#) einzubeziehen.³⁸ Das Kriterium der Offensichtlichkeit stellt dabei sehr hohe Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Pflichtverletzung im Zeitpunkt der Fälligkeit. Der Eintritt der Pflichtverletzung muss sicher zu erwarten sein; zwar ist keine absolute Gewissheit zu erwarten, aber eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Es darf keinen vernünftigen Zweifel über den Eintritt der Pflichtverletzung geben.³⁹ Bestehen (nur) ernsthafte Zweifel an der

vertragsgemäßen Leistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit, kann der Besteller ein sog. „Leistungsklarungsverfahren“ einleiten.⁴⁰ Nur eine gewisse Besorgnis des Bestellers genügt hierfür allerdings nicht. Der Besteller hat den Unternehmer dann in diesen Fällen unter Fristsetzung zur Erklärung aufzufordern, wie er die vertragsgemäße Leistung sicherstellen will. Dabei muss der Besteller die Umstände, welche die ernsthaften Zweifel begründen, konkret benennen. Kann der Unternehmer die Sicherstellung der vertragsgemäßen Erfüllung nicht zumindest plausibel erklären oder reagiert er überhaupt nicht, soll Offensichtlichkeit im vorbezeichneten Sinne anzunehmen sein.⁴¹

Wann dem Besteller in den übrigen Fällen das Abwarten bis zur Fälligkeit unzumutbar ist, unterliegt einer Einzelfallbetrachtung. In der Literatur wird vorgeschlagen, die Voraussetzungen heranzuziehen, unter denen dem Besteller nach der Abnahme eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung unzumutbar wäre.⁴² Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das Vertrauen des Bestellers durch Unzuverlässigkeit oder schweres Fehlverhalten des Unternehmers nachhaltig erschüttert ist.⁴³

c) Die Fallgruppen der unzumutbaren Erfüllungsgefährdung

Stets ist eine sorgfältige Prüfung der Einzelfallumstände erforderlich. Man hat sich jederzeit vor Augen zu führen, dass es um Ausnahmefälle geht.

aa) Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Unternehmers

Die klassische Fallgruppe für die offenkundige Erfüllungsgefährdung ist die vor Fälligkeit erklärte ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Unternehmers.⁴⁴ Eine Erfüllungsverweigerung ist auch dann anzunehmen, wenn der Unternehmer erklärt, zwar die Bauleistung als solche erbringen zu wollen, sich aber schon jetzt weigert, eine bereits erbrachte, nicht vertragsgemäße Leistung, die nicht nur unwesentlich ist, zu beseitigen.⁴⁵

An das Vorliegen einer solchen Erklärung sind strenge Anforderungen zu stellen.⁴⁶ Es ist nicht erforderlich, dass der Unternehmer sich von dem Vertrag im Ganzen lossagt; es kann die Erklärung genügen, eine wesentliche Vertragspflicht nicht zu erfüllen. Bloße Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Umfang der Pflichten genügen nicht, wenn weitere Verhandlungen nicht ausgeschlossen erscheinen. Es ist stets sehr sorgfältig zu prüfen, ob eine Aussage des Unternehmers vor Fälligkeit wirklich sein „letztes Wort“ ist.⁴⁷ Das Überbauen eines bereits erkannten Mangels durch den Unternehmer kann im Einzelfall ausreichend sein.⁴⁸

Der Tatbestand der Erfüllungsgefährdung ist demzufolge in den Fällen einschlägig, in denen in einer frühen Herstellungsphase nicht vertragsgemäße Leistungen entdeckt werden, deren Beseitigung der Unternehmer ernsthaft und endgültig verweigert.⁴⁹ Diese Fallkonstellationen werden in der Praxis die seltene Ausnahme bleiben. Wie bereits dargelegt, ist [§ 323 Abs. 4 BGB](#) bzw. der Tatbestand der Erfüllungsgefährdung auf diese Fallkonstellation allerdings nicht beschränkt.

bb) Vorzeitige Maßnahmen zur Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung sind geboten

Die sonstigen in der Literatur diskutierten Fallkonstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass eine vorzeitige Mangelbeseitigung geboten ist, weil zum Beispiel:

- ansonsten das Bauvorhaben ernsthaft gestört ist bzw. schwerwiegende Bauablaufstörungen verursacht werden (weil bspw. nachfolgende Gewerke behindert werden),
- der „Mangel“ sich später aufgrund Baufortschritts aus technischen Gründen nicht mehr oder nur noch mit erheblichem Aufwand beseitigen lässt oder
- es um Zwischenbauzustände geht, auf die erkennbar Folgegewerke aufsetzen und der „Mangel“ überbaut würde.⁵⁰

Dem Besteller ist es nicht zuzumuten, diese Störungen und dadurch bedingte Schäden erst eintreten zu lassen.⁵¹ Dem Besteller ist zu empfehlen, den Unternehmer unter angemessener Fristsetzung – sofern diese nicht ausnahmsweise entbehrlich ist – und unter Hinweis auf die Eilbedürftigkeit der Maßnahmen zur Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung aufzufordern.⁵²

2. Rechte des Bestellers nach Ablauf der Fertigstellungsfrist

Nach Erreichen der Fertigstellungsfrist verbessert sich die Rechtsposition des Bestellers. Die Fälligkeit des Herstellungsanspruchs ist eingetreten, der Besteller kann den Unternehmer unter angemessener Fristsetzung zur Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung auffordern.

Zu beachten ist, dass die Möglichkeit des Bestellers, aus der sog. Erfüllungsgefährdung Rechte herzuleiten nicht mehr besteht, wenn die Fälligkeit eingetreten ist. Denn in diesem Zeitpunkt liegt kein Tatbestand der Erfüllungsgefährdung mehr vor. Vielmehr hat sich die Pflichtverletzung nunmehr erwiesen.⁵³

3. Rechte des Bestellers nach Ablauf eines vereinbarten Zwischentermins

Wird im Bauvertrag nur ein Fertigstellungstermin vereinbart, ist die Leistungsverpflichtung des Unternehmers grundsätzlich nur insgesamt zu dem vereinbarten Zeitpunkt fällig.⁵⁴ In der Baupraxis werden allerdings – gerade bei größeren Bauprojekten – vertragliche Zwischentermine in Gestalt sog. Meilensteine für bestimmte Teilleistungen vereinbart. Es stellt sich die Frage, ob der Besteller vom Unternehmer vor Ablauf der Fertigstellungsfrist die Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung verlangen kann, wenn für die hiervon betroffene Teilleistung eine vertraglich vereinbarte Zwischenfrist abgelaufen ist. Dies erscheint zweifelhaft.

Der Ablauf der Zwischenfrist ändert nichts daran, dass die Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs noch nicht eingetreten ist. Der Erfüllungsanspruch ist zwar auf die mangelfreie Herstellung gerichtet, allerdings nicht hinsichtlich bestimmter Teilleistungen, sondern bezogen auf den gesamten Bauvertrag bzw. das Gesamtwerk. Der Unternehmer hat – wie *Voit* es ausgedrückt hat – „eben keine Bodenplatte und einzelne Wände, sondern ein Haus versprochen und erst wenn das Haus steht, ist der versprochene Erfolg eingetreten.“⁵⁵ Der Erfüllungsanspruch des Unternehmers richtet sich dementsprechend auf den Erfolg und nicht auf bestimmte Zwischenschritte.⁵⁶ Dieser punktuelle Leistungsbegriff betrachtet die Leistungen des bauausführenden Unternehmers bis zur Fertigstellungsfrist als bloße Vorbereitungshandlungen.⁵⁷ Etwas anderes gilt nach dieser Auffassung nur dann, wenn die Bauvertragsparteien nicht einen „bloßen“ Zwischentermin, sondern einen bestimmten Teilerfolg vereinbart haben.

Auf der anderen Seite wird man zu berücksichtigen haben, dass die Vertragsparteien mit der wirksamen Vereinbarung von Zwischenterminen für bestimmte Teilleistungen eine frühere Fälligkeit vereinbaren wollten. Die hiermit verbundenen Einschränkungen der werkvertraglichen Dispositionsfreiheit des Unternehmers erscheinen hinnehmbar; er hat sich mit dieser Zwischenfrist einverstanden erklärt und kann sich hierauf rechtzeitig einrichten. Hinzu kommt, dass die Annahme, bei den Leistungen des Unternehmers handele es sich vor Abnahme lediglich um Vorbereitungshandlungen und nicht um vertragliche Leistungspflichten, keineswegs zwingend ist.⁵⁸ Es stellt zudem einen Unterschied dar, ob man vom Unternehmer verlangt, kontinuierlich bis zur Fertigstellung vertragsgemäß zu arbeiten bzw. auftretende Mängel jederzeit zu beseitigen oder ob man diese Verpflichtung nur für ausgewählte Zwischentermine (Meilensteine) vereinbart, die für den Bauablauf von herausragender Bedeutung sind. Nach Sinn und Zweck solcher Vereinbarungen sollen die betroffenen Teilleistungen zu dem jeweils vereinbarten Zeitpunkt frei von nicht vertragsgemäßen Leistungen sein. Demzufolge wird die Dispositionsfreiheit des Unternehmers nur für einen ganz bestimmten Teilbereich eingeschränkt.⁵⁹

Nach alledem könnte einiges dafürsprechen, den Besteller für berechtigt zu halten, vom Unternehmer vor Ablauf der Fertigstellungsfrist die Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung zu verlangen, wenn für die hiervon betroffene Teilleistung eine vertraglich vereinbarte Zwischenfrist abgelaufen ist. Soweit ersichtlich, ist diese Frage bislang allerdings in der Rechtsprechung nicht entschieden worden.

V. Die Rechte des Bestellers bei Vorliegen der Voraussetzungen einer unzumutbaren Erfüllungsgefährdung

Liegen die Voraussetzungen der Erfüllungsgefährdung vor, kann der Besteller vom Unternehmer auch schon vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs die Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung verlangen.⁶⁰ Verweigert der Unternehmer dies, stehen dem Besteller folgende Rechte zu:

Er kann vom Bauvertrag zurücktreten, [§ 323 Abs. 4 BGB](#) .

Ferner ist der Besteller berechtigt, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, [§ 648a BGB](#) , mit der Möglichkeit der Teilkündigung nach [§ 648a Abs. 2 BGB](#) .⁶¹

Obgleich [§ 281 BGB](#) für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung keine dem [§ 323 Abs. 4 BGB](#) entsprechende Regelung vorsieht, sind sich Literatur und Rechtsprechung weitgehend einig, dass der Besteller auch schon vor Fälligkeit Schadensersatz statt der Leistung geltend machen kann.⁶² Wählt der Besteller diesen, ist zweifelhaft, ob der Erfüllungsanspruch dann gem. [§ 281 Abs. 4 BGB](#) nur soweit erlischt, soweit die Leistung nicht vertragsgemäß bzw. „mangelhaft“ ist.⁶³ Bejaht man dies, würde der Vertrag im Übrigen im Erfüllungsstadium bleiben. Das damit verbundene „Filetieren der Leistungspflichten“ des Unternehmers dürfte in der Praxis zu erheblichen Folgeproblemen führen, wie u.a. Abgrenzungsprobleme hinsichtlich der erbrachten Leistungen, Gefahrtragung, Gewährleistung des Unternehmers, eigenständige Verjährung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung. In jedem Fall wird man vom Besteller verlangen müssen, dass er sehr deutlich macht, worauf sich sein Schadensersatzbegehren bezieht. Der Schadensersatzanspruch ist verschuldensabhängig. Es ist allerdings ausreichend, wenn der Unternehmer schuldhaft die Frist zur Beseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung nicht eingehalten hat.⁶⁴ Mit dem Schadensersatz kann der Besteller etwaige Kosten der Selbstbeseitigung der nicht vertragsgemäßen Leistung („Selbstvornahme“-Kosten) erstattet verlangen.⁶⁵

‡ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Partner der überregionalen Kanzlei GSK Stockmann, Frankfurt am Main. Der vorliegende Aufsatz ist entstanden aus einem Vortrag auf der 57. Baurechtstagung der ARGE Baurecht am 06.03.2021.

- 1 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) , [BauR 2017, 1024](#) ; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , [BauR 2017, 879](#) und [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#) , [BauR 2017, 875](#) .
- 2 Voit, NZBau 2017, 521 (522 f.).
- 3 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) , [BauR 2017, 1024](#) ; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , [BauR 2017, 879](#) und [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#) , [BauR 2017, 875](#) .
- 4 Voit, NZBau 2017, 521 (524); BT-Drucks. 18/8486, S. 47.
- 5 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) , [BauR 2017, 1024](#) Rdnr. 33; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , [BauR 2017, 879](#) Rdnr. 26 und [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#) , [BauR 2017, 875](#) Rdnr. 32.
- 6 Ebenso Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (9).
- 7 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) , [BauR 2017, 1024](#) Rdnr. 41; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , [BauR 2017, 879](#) Rdnr. 34 und [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#) , [BauR 2017, 875](#) Rdnr. 40.
- 8 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) , [BauR 2017, 1024](#) Rdnr. 41; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , [BauR 2017, 879](#) Rdnr. 34 und VII ZR 301/13, [BauR 2017, 875](#) Rdnr. 40.
- 9 Leupertz/Jansen/Voit/Oppler/Schmitz, [BauR 2010, 1313 \(1319 f.\)](#) .
- 10 [BGH, Urt. v. 27.10.2011 – VII ZR 84/09](#) , [BauR 2012, 241](#) = NJW 2012, 56 Rdnr. 14 zu [§ 320 BGB](#) ; Leinemann/Kues-Vogelsang, Bauvertragsrecht, 1. Aufl. 2018, § 632a BGB Rdnr. 4; Moufang/Koos, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, Teil O Rdnr. 59; Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl. 2019, § 632a BGB Rdnr. 9, 13.
- 11 [BGH, Urt. v. 06.12.2007 – VII ZR 125/06](#) , [BauR 2008, 510 \(511\)](#) = NZBau 2008, 174 Rdnr. 17 f.; [BGH, Urt. v. 04.07.1996 – VII ZR 125/95](#) , NJW-RR 1997, 18 (19); Schmitz, FS Kainz, 2019, 533 (535 f.); von Rintelen, in: Kniffka, ibrOK Bauvertragsrecht, 23. Aktualisierung 2021, § 632a BGB Rdnr. 56.
- 12 Voit, [BauR 2011, 1063 \(1063 f.\)](#) .
- 13 Zur Differenzierung zwischen diesen beiden Zeitpunkten: Althaus, FS Kainz, 2019, 1 ff.; Voit, NZBau 2017, 521 (523 ff.); Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Rdnr. 13. Auf die Frage, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang vertraglich vereinbarte Zwischentermine haben, wird unter Ziffer IV., 3. eingegangen.
- 14 [BGH, Urt. v. 22.05.2003 – VII ZR 469/01](#) , [BauR 2003, 1215](#) = NZBau 2003, 498.
- 15 Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 141.
- 16 [BGH, Urt. v. 22.05.2003 – VII ZR 469/01](#) , [BauR 2003, 1215](#) = NZBau 2003, 498; [BGH, Urt. v. 08.03.2001 – VII ZR 470/99](#) , [BauR 2001, 946](#) = NZBau 2001, 389; Jousen, [BauR 2009, 319 \(331\)](#) .
- 17 [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 16, 19; Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 13; Voit, NZBau 2017, 521 (523); Manteufel, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 2046, 2052.
- 18 [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 20.
- 19 [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 20.
- 20 Voit, [BauR 2011, 1063 \(1065\)](#) ; Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (5); Klein/Moufang, FS Oppler, 2021, 241 (253); BeckOGK.-Merkle, BGB, Stand 2021, § 631 BGB Rdnr. 482.
- 21 Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (11 f.); Leupertz/Jansen/Voit/Oppler/Schmitz, [BauR 2010, 1313 \(1320 f.\)](#) .
- 22 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#) , [BauR 2017, 1024](#) Rdnr. 33; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#) , [BauR 2017, 879](#) Rdnr. 26 und [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#) , [BauR 2017, 875](#) Rdnr. 32.
- 23 Voit, [BauR 2011, 1063 \(1066\)](#) .
- 24 Schwarze, in: Staudinger, § 323 Rdnr. B 159.
- 25 Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 159 mit zahlreichen Nachweisen. Für das neue Recht: [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 17 f.
- 26 [BGH, Urt. v. 28.01.2003 – X ZR 151/00](#) , NJW 2003, 1600 (1601); [BGH, Urt. v. 05.05.1992 – X ZR 115/90](#) , NJW-RR 1992, 1141 (1142); [BGH, Urt. v. 21.10.1982 – VII ZR 51/82](#) , NJW 1983, 898 (990) [[BVerwG 29.04.1982 - BVerwG 2 C 33.80](#)] .
- 27 Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 159.
- 28 Voit, [BauR 2011, 1063 \(1067 f.\)](#) .

- ²⁹ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1068\)](#) .
- ³⁰ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1068 f.\)](#) .
- ³¹ [BGH, Beschl. v. 08.05.2008 – VII ZR 201/07](#) , NJW-RR 2008, 1052 f.; Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 165; ders. § 281 BGB Rdnr. B 190; Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (9).
- ³² Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 165.
- ³³ Vgl. hierzu: [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 20 am Ende; MünchKomm.-Ernst, § 323 BGB Rdnr. 134 am Ende.
- ³⁴ Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 179.
- ³⁵ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1067\)](#) ; BeckOGK.-Looschelders, BGB, § 323 BGB Rdnr. 228; MünchKomm.-Ernst, § 323 BGB Rdnr. 143.
- ³⁶ BeckOGK.-Looschelders, BGB, § 323 BGB Rdnr. 220; Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 161.
- ³⁷ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1066\)](#) .
- ³⁸ BeckOGK.-Looschelders, BGB, § 323 BGB Rdnr. 220; BeckOK.-H. Schmidt, BGB, 57. Edition Stand 01.02.2021, § 323 BGB Rdnr. 6 f.; Schwarze, in: Staudinger, BGB, [2020](#) , § 323 BGB Rdnr. B 179, B 161; MünchKomm.-Ernst, 8. Aufl. 2019, § 323 BGB Rdnr. 135 f.
- ³⁹ Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 162; MünchKomm.-Ernst, § 323 BGB Rdnr. 136; BeckOGK.-Kober, BGB, § 636 BGB Rdnr. 16.
- ⁴⁰ Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 168 ff.; Krause-Allenstein, in: Kniffka, Bauvertragsrecht, § 636 Rdnr. 10.
- ⁴¹ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 16, 6. Teil Rdnr. 18; Voit, [BauR 2011, 1063 \(1067\)](#) ; Manteufel, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdnr. 2052; [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 18 f.; Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 168 ff.; ders. § 281 BGB Rdnr. B 192 ff.; MünchKomm.-Ernst, § 323 BGB Rdnr. 137.
- ⁴² Voit, [BauR 2011, 1063 \(1069\)](#) mit Beispielen aus der Rechtsprechung.
- ⁴³ BeckOK.-Voit, BGB, § 636 Rdnr. 22.
- ⁴⁴ Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 163; BeckOGK.-Looschelders, BGB, § 323 BGB Rdnr. 231; Voit, [BauR 2011, 1063 \(1066\)](#) .
- ⁴⁵ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1067\)](#) .
- ⁴⁶ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1067\)](#) ; MünchKomm.-Ernst, § 323 BGB Rdnr. 101; Schulze, Nomos Kommentar BGB, 10. Aufl. 2019, § 323 BGB Rdnr. 12; [BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05](#) , NJW 2006, 1195 Rdnr. 25; [BGH, Urt. v. 21.03.1974 – VII ZR 139/71](#) , NJW 1974, 1080 (1081); Skamel, JuS 2010, 671 (672).
- ⁴⁷ Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 163; BeckOGK.-Looschelders, BGB, § 323 BGB Rdnr. 231; Skamel, JuS 2010, 671 (672); Emmerich, JuS 2006, 651 (653) [\[BGH 21.12.2005 - VIII ZR 49/05\]](#) ; Schulze, Nomos Kommentar BGB, § 323 BGB Rdnr. 6.
- ⁴⁸ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 14.
- ⁴⁹ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 14.
- ⁵⁰ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 15; Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (11); Sienz, [BauR 2018, 376 \(386\)](#) ; Manteufel, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdnr. 2046, 2052; Jousen, [BauR 2009, 319 \(331 f.\)](#) ; Voit, [BauR 2011, 1063 \(1070\)](#) ; Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (11); Vogel, Aufsatz IBR 2009, 1450 (nur online) Rdnr. 11.
- ⁵¹ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 15.
- ⁵² Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 15.
- ⁵³ [BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10](#) , [BauR 2012, 1386](#) = NZBau 2012, 638 Rdnr. 17; Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 17; Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 167.
- ⁵⁴ Vogel, Aufsatz IBR 2009, 1450 (nur online) Rdnr. 11.
- ⁵⁵ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1065\)](#) .
- ⁵⁶ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1066\)](#) .
- ⁵⁷ Voit, [BauR 2011, 1063 \(1065\)](#) ; kritisch: Althaus, FS Kainz, 2019, 1 ff.
- ⁵⁸ Althaus, FS Kainz, 2019, 1 ff.
- ⁵⁹ Vgl. zu diesen Überlegungen Althaus, FS Kainz, 2019, 1 (11 ff.), die dieser im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle von [§ 4 Abs. 7 VOB/B](#) anstellt.
- ⁶⁰ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 14; kritisch gegenüber einem solchen Mangelbeseitigungsanspruch dagegen Voit, [BauR 2011, 1063 \(1070\)](#) unter Hinweis auf den punktuellen Leistungsaustausch.
- ⁶¹ Voit, NZBau 2017, 521 (523); BeckOGK.-Reiter, BGB, § 648a BGB Rdnr. 3, 16, 35; BeckOK.-Siens, Bauvertragsrecht, 12. Edition Stand

06.11.2020, § 648a BGB Rdnr. 10, 14, 18.

- ⁶² BeckOGK.-Looschelders, BGB, § 323 BGB Rdnr. 240 f.; Voit, NZBau 2017, 521 (523); Voit, [BauR 2011, 1063 \(1070\)](#); Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 15 f.; Jaensch, NJW 2003, 3613 ff.; Stadler, in: Jauernig, BGB Kommentar, 18. Aufl. 2021, § 323 BGB Rdnr. 15; Schwarze, in: Staudinger, § 323 BGB Rdnr. B 159, B 180 i.V.m. § 281 BGB Rdnr. B 182.
- ⁶³ Befürwortend: Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 13 auf den Wortlaut von [§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) verweisend. Kritisch: Voit, NZBau 2017, 521 (523).
- ⁶⁴ [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15](#), [BauR 2017, 1024](#) Rdnr. 42; [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15](#), [BauR 2017, 879](#) Rdnr. 35 und [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), [BauR 2017, 875](#) Rdnr. 41; Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 13.
- ⁶⁵ Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Teil Rdnr. 13.