



Der Auftraggeber bestimmt nach Fristablauf!

Der Autor:
Rechtsanwalt Dr. Ralf Kleemann
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Der 7. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (BGH) hat mit Urteil vom 27.02.2003 (- VII ZR 338/01 - in: BauR 2003 693) ausgesprochen, dass nach dem fruchtlosem Ablauf der dem Auftragnehmer zur Nachbesserung oder Nacherfüllung gesetzten Frist der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, das Angebot des Auftragnehmers zur Mangelbeseitigung anzunehmen. Damit wurde vom 7. Zivilsenat eine alte Streitfrage des Gewährleistungsrechts höchstrichterlich geklärt.

Die Entscheidung hatte einen VOB-Vertrag zum Gegenstand. Der Auftraggeber hatte gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B eine Mängelbeseitigungsfrist gesetzt, die fruchtlos abgelaufen war. Der 7. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung damit folgenden Grundsatz aufgestellt: Mit dem berechtigten Interesse des Auftraggebers, die Entscheidung über die Art der Vertragsabwicklung zu treffen, ist zu unvereinbar, dass der Auftragnehmer gegen dessen Willen die Mängel nachbessert. Nach der Entscheidung gilt dieser Grundsatz auch für den BGB-Vertrag, also nach dem fruchtlosem Ablauf einer für die Nachbesserung ohne Ablehnungsandrohung gesetzten Frist (§ 633 Abs. 3 BGB a.F.) bzw. nach dem fruchtlosem Ablauf einer dem Auftragnehmer zur Nacherfüllung gesetzten Frist (§ 637 BGB n.F.).

Ein Aufwendungsersatz- oder Kostenvorschussanspruch nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. setzt nach wie vor Verzug mit Mangelbeseitigung - und damit Verschulden - voraus. Verzug wird durch eine Nachfristsetzung als spezielle Ausprägung einer Mahnung regelmäßig herbeigeführt. Gleichfalls ist für den Schadensersatzanspruch Verschulden nach wie vor Voraussetzung.

Solange nach Eintritt der Voraussetzungen der Ersatzvornahme keine Zustimmung des Auftraggebers vorliegt, darf der Auftragnehmer nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes nicht mehr nachbessern. Der Bundesgerichtshof hat damit klar zum Ausdruck gebracht, dass der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt das Sagen über die Art der Vertragsabwicklung hat. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer nach Ablauf der Nachbesserungsfrist sogar der Baustelle verwiesen werden kann, auch wenn er danach mit der Nachbesserung beginnen möchte. Gleichwohl muss er für die Nachbesserungskosten finanziell aufkommen. Praktisch empfiehlt es sich, insoweit eine Beweissicherung durchführen zu lassen (selbständiges Beweisverfahren oder öffentlich bestellter und vereidigter Privatgutachter).

Nach der Rechtsprechung des 7. Zivilsenats (Baurechtssenat) des Bundesgerichtshofes ist nunmehr sowohl für das Ersatzvornahme- und Selbstvornahmerecht als auch für Minderung, Rücktritt/Wandlung und Schadensersatz festzustellen: Sind die Tatbestandsvoraussetzungen einmal erfüllt, dann hat es der Auftraggeber zu bestimmen, ob er Nachbesserung gleichwohl noch zulässt. Der Auftragnehmer kann ihm diese Befugnis nicht mehr nehmen.

Gleichwohl ist dem Auftragnehmer in dieser Situation anzuzurufen, den Auftraggeber mit der Nachbesserung im Annahmeverzug (wörtliches Angebot) zu setzen, um wenigstens bestimmte Haftungsprivilegierungen zu genießen (§ 300 BGB). An der vorgenannten Grundsatzentscheidung ändert dies nichts.