

§ 2 Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsverpflichtungen

den Fällen zur Anwendung, die nach bisheriger Rechtslage über die Rentabilitätsvermutung gelöst wurden.¹⁰⁴⁶ Dazu gehörten auch die Fälle vergeblicher Aufwendungen im Bereich von Bauverträgen, für die praktisch ausnahmslos die Rentabilitätsvermutung galt. Die Neuregelung hat also auf die Rechtsposition des Bauherrn, der den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangt, insofern keine gravierenden Auswirkungen, weil er diese schon nach bisherigem Recht im Rahmen seines Schadensersatzanspruchs (§ 635 BGB a. F.) geltend machen konnte. Nunmehr kann er seinen Anspruch insoweit (auch) auf § 284 BGB stützen. Bei der Rückabwicklung eines Bauvertrages im Wege des großen Schadensersatzes kann es sich z. B. um Finanzierungskosten, Kosten für einen beauftragten Makler oder Notar sowie um bereits gezahlte Grunderwerbssteuer handeln.

Zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung und dem Anspruch auf Aufwendungsersatz besteht ein Alternativverhältnis. Der Gläubiger des Anspruchs kann also nicht wegen desselben Vermögensnachteils sowohl Schadensersatz statt der Leistung als auch Aufwendungsersatz und damit doppelte Kompensation verlangen.¹⁰⁴⁷ Das gilt wohlgemerkt allerdings nur für den großen, nicht aber auch für den kleinen Schadensersatz. Der Gläubiger kann also durchaus Ersatz vergeblicher Aufwendungen neben dem kleinen Schadensersatz verlangen.¹⁰⁴⁸ 327

2. Anspruchsvoraussetzungen

Weil der Anspruch nur an Stelle des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung nach § 281 BGB besteht, setzt er voraus, dass zunächst einmal dessen Voraussetzungen vorliegen.¹⁰⁴⁹ Deshalb ist § 284 BGB auch nicht anwendbar, wenn der Besteller nicht Schadensersatz statt der Leistung fordert, sondern Erfüllung verlangt.¹⁰⁵⁰ § 284 BGB regelt demnach lediglich den Inhalt des Aufwendungsersatzanspruchs. Ersatzfähig sind grundsätzlich alle Aufwendungen, also die im Hinblick auf den Vertrag erbrachten freiwilligen Vermögensopfer, sofern sie vergeblich waren. Dazu können zunächst alle Vertragskosten sowie Kosten für die Bereitstellung von Baumaterial und Montagekosten gehören, ferner gezahlte Bereitstellungszinsen und andere Finanzierungsaufwendungen. In Betracht kommen auch eigene Arbeitsleistungen, deren Wert gegebenenfalls nach § 287 ZPO zu schätzen ist.¹⁰⁵¹ Die Aufwendungen müssen im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht worden sein. 328

Ausgeschlossen ist der Anspruch nach der ausdrücklichen Regelung im Gesetz, wenn der Zweck der Aufwendungen auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden wäre. Das betrifft zum einen die Fälle, in denen die Vertragsdurchführung auch unabhängig von der Pflichtverletzung aus anderen Gründen gescheitert wäre. Zum anderen wird der Schuldner von der Ersatzpflicht frei, wenn der geplante Einsatz des Leistungsobjekts nicht zu Einnahmen wenigstens in Höhe der Aufwendungen geführt hätte. Das muss der Schuldner beweisen, weil die Rentabilität der Aufwendungen im Rahmen von § 284 BGB vermutet wird.¹⁰⁵² Dabei kann er nicht geltend machen, der Bauherr habe aus geplanten Folgegeschäften ohnehin Verluste zu erwarten gehabt. Die Rentabilitätsvermutung bezieht sich nur auf das Geschäft, das der Schuldner nicht vollständig erfüllt hat, nicht aber auf solche selbstständigen Folgegeschäfte. Ohne Bedeutung 329

¹⁰⁴⁶ BGH NJW 2005, 2848 = ZGS 2005, 392; *Münchener Kommentar/Ernst* § 284 BGB Rdn. 35; *Palandt/Grüneberg* § 284 BGB Rdn. 3.

¹⁰⁴⁷ BGH NJW 2005, 2848 = ZGS 2005, 392 = BGHR 2005, 1293 mit Anmerkung *Mankowski*.

¹⁰⁴⁸ BGH a. a. O.

¹⁰⁴⁹ BGH NJW 2008, 2837; *Münchener Kommentar/Ernst* § 284 BGB Rdn. 13.

¹⁰⁵⁰ *Kniffka/Krause-Allenstein* § 636 BGB Rdn. 113.

¹⁰⁵¹ *Münchener Kommentar/Busche* § 634 BGB Rdn. 16.

¹⁰⁵² *Münchener Kommentar/Ernst* § 284 BGB Rdn. 42.

ist auch der Einwand, die Aufwendungen seien anderweitig verwendbar, denn es kommt allein darauf an, ob sie für den vorgesehenen Verwendungszweck, d.h. das konkrete Rechtsgeschäft, verwendbar sind.¹⁰⁵³

3. Anspruchsinhalt; Darlegungs- und Beweislast

- 330 Der Anspruch aus § 284 BGB ist auf das negative Interesse gerichtet und nicht durch das positive Interesse beschränkt. Andererseits kann im Rahmen von § 284 BGB nicht der Ausgleich entgangenen Gewinns verlangt werden. Ebenso wenig kann der Gläubiger geltend machen, dass er den Leistungsgegenstand woanders günstiger erhalten hätte.¹⁰⁵⁴
- 331 Der Anspruch beschränkt sich auf die Aufwendungen, die der Gläubiger billigerweise machen durfte. Dabei handelt es sich um ein nach dem Rechtsgedanken des § 254 BGB anzuwendendes Kriterium für eine sachgerechte Beschränkung des Anspruchs der Höhe nach.¹⁰⁵⁵
- 332 Die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen liegt nach allgemeinen Regeln beim Gläubiger; er muss auch die Höhe der Aufwendungen und deren Billigkeit darlegen und beweisen. Der Schuldner hingegen ist für die Zweckverfehlung (§ 284 letzter HS BGB) beweispflichtig.¹⁰⁵⁶

VIII. Der „Vorweganspruch“ nach § 4 Abs. 6 VOB/B

- 333 Die VOB/B hält für ihren Anwendungsbereich in § 4 Abs. 6 eine Regelung bereit, die im BGB keine Entsprechung hat. Wenn fehlerhafte Teile und Ausgangsstoffe erst einmal eingebaut sind, führt das nach aller Erfahrung nahezu zwangsläufig zu höheren Kosten bei der Fehlerbeseitigung; darüber hinaus kann die Verarbeitung die Fehlerzuordnung erschweren. Deshalb gibt § 4 Abs. 6 VOB/B dem Besteller ein zum frühestmöglichen Zeitpunkt eingreifendes Mängelrecht. Es handelt sich um einen vorweggenommenen Mängelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers, der bereits vor dem Beginn der Ausführung der Bauleistung entsteht. Der Beseitigungsanspruch soll – letztlich auch im Interesse des Auftragnehmers – eine mangelhafte Ausführung durch die Verwendung fehlerhafter Stoffe oder Bauteile von vornherein verhindern. Während die Mängelrechte des BGB grundsätzlich erst das hergestellte Werk betreffen, ist § 4 Abs. 6 VOB/B die Konsequenz des Umstandes, dass der Unternehmer im Rahmen eines VOB-Vertrages bereits vor und im Verlaufe der Auftragsausführung eine einwandfreie Leistung schuldet.¹⁰⁵⁷
- 334 Die Vorschrift bezieht sich nur auf vom Auftragnehmer stammende Stoffe oder Bauteile, mögen sie auch vom Auftraggeber vorgeschrieben sein.¹⁰⁵⁸ Erfolgt die Beseitigung nicht, ergibt sich aus § 4 Abs. 6 S. 2 VOB/B ein Selbstvornahmerecht des Auftraggebers. Dieses setzt eine inhaltlich klare und eindeutige Beseitigungsaufforderung voraus, während ein bloßer Hinweis auf die bestehende Vertragswidrigkeit nicht genügt. Außerdem muss der Auftraggeber dem Unternehmer eine nach den Umständen des Einzelfalls angemessene Frist zur Entfernung gesetzt haben. Die Entfernung der Baustoffe nach erfolglosem Fristablauf geschieht auf Kosten des säumigen Unternehmers, der dem Bauherrn die Kosten im Rahmen ihrer Notwendigkeit zu erstatten hat. Dabei muss der Bauherr nicht die billigst mögliche Lösung wählen, solange sich die Kosten in einem vertretbaren und marktgerechten Rahmen halten. Das Gleiche gilt für die eventuell anfallenden Einlagerungskosten und

¹⁰⁵³ BGH NJW 2005, 2848 = ZGS 2005, 392.

¹⁰⁵⁴ Palandt/Grüneberg § 284 BGB Rdn. 9.

¹⁰⁵⁵ Münchener Kommentar/Ernst § 284 BGB Rdn. 20.

¹⁰⁵⁶ Münchener Kommentar/Ernst § 284 BGB Rdn. 41, 42.

¹⁰⁵⁷ Ingenstau/Korbion-Oppler § 4 Abs. 6 VOB/B Rdn. 2.

¹⁰⁵⁸ Kleine-Möller/Merl § 15 Rdn. 685.

§ 2 Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsverpflichtungen

den Erlös aus einem möglichen Verkauf, zu dem der Bauherr grundsätzlich berechtigt ist, bei dem er aber die berechtigten Interessen des Auftragnehmers zu wahren hat und über den er nach seinem Abschluss dem Auftragnehmer gegenüber gemäß § 259 BGB Rechnung zu legen hat.¹⁰⁵⁹ Der Beseitigungsanspruch setzt keinen Verzug des Unternehmers voraus und besteht nur bis zum Einbau des mangelhaften Baumaterials. Ist der Einbau einmal erfolgt, bleiben dem Bauherrn nur noch die „normalen“ Mängelrechte.¹⁰⁶⁰

Der Anspruch aus § 4 Abs. 6 VOB/B enthält keine abschließende Regelung der Rechte des Bauherrn bei der drohenden Verwendung mangelhafter Baustoffe. Er kann daneben nach §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B Schadensersatz verlangen oder den Vertrag kündigen (§ 8 Abs. 3 VOB/B).¹⁰⁶¹ **335**

IX. Der Anspruch aus § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B

1. Einleitung

Wie bereits mehrfach erwähnt, unterscheidet die VOB/B strikt zwischen dem vor der Abnahme geltend zu machenden Anspruch des Bestellers auf Erfüllung des Vertrages und seinen unter der Überschrift „Mängelansprüche“ in § 13 VOB/B geregelten, auf die Zeit nach der Abnahme beschränkten Gewährleistungsrechten. In den Zusammenhang der Vertragserfüllungsansprüche gehört auch der dem Besteller bereits im Stadium der Ausführung zustehende verschuldensunabhängige Anspruch auf Beseitigung etwaiger schon erkannter Mängel nach § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B. **336**

Auch dieser Anspruch ist als reiner Erfüllungsanspruch zu qualifizieren.¹⁰⁶² Im gesetzlichen Werkvertragsrecht gibt es zu diesem Recht des Bestellers keine Parallele, da sowohl der Nacherfüllungsanspruch nach § 635 BGB als auch die Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich an das bereits hergestellte Werk anknüpfen. Im Geltungsbereich der VOB/B findet dagegen der Gedanke besondere Beachtung, dass – im Interesse beider Bauvertragsparteien – jeder erkannte Mangel möglichst bereits unverzüglich nach der Entdeckung beseitigt werden soll, um zu vermeiden, dass Fehler aufgrund des Baufortschritts nicht mehr oder nur mit einem erheblich größeren Mängelbeseitigungsaufwand korrigierbar sind. Deshalb sieht die VOB/B ausdrücklich eine Pflicht des Unternehmers vor, solche Leistungen, die bereits während der Ausführung – d. h. zwischen dem Beginn der Ausführung und dem Eintritt der Abnahmewirkungen – als vertragswidrig erkannt worden sind, auf seine Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Insoweit gleicht der Regelungszweck dieser Vorschrift dem des „Vorweganspruchs“ nach § 4 Abs. 6 VOB/B. Die Beseitigungspflicht entsteht, sobald der Mangel erkannt worden ist.¹⁰⁶³ Nimmt der Bauherr die Leistung des Auftragnehmers allerdings trotz der bestehenden Mängel ab, treten – auch für die bei der Abnahme vorbehaltenen Mängel – die Gewährleistungsansprüche nach § 13 Abs. 5 bis 7 VOB/B an die Stelle des Erfüllungsanspruchs. Damit ändert sich auch die Verjährungsfrist: sie richtet sich nach § 13 Abs. 4 VOB/B oder § 13 Abs. 7 Nr. 4 VOB/B.¹⁰⁶⁴ Das gilt aber nur insoweit, als sich die Ansprüche inhaltlich decken, weil nur dann zwischen den vor und nach der Abnahme festgestellten Mängeln sachlich kein Unterschied besteht.¹⁰⁶⁵ **337**

¹⁰⁵⁹ *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 6 VOB/B Rdn. 20; *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 688.

¹⁰⁶⁰ *Werner/Pastor* Rdn. 2137.

¹⁰⁶¹ *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 6 VOB/B Rdn. 21.

¹⁰⁶² BGH BauR 1982, 277; *Münchener Kommentar/Busche* § 634 BGB Rdn. 100.

¹⁰⁶³ *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 696.

¹⁰⁶⁴ BGH NJW 1971, 99; BauR 1972, 172; *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 7 VOB/B Rdn. 25.

¹⁰⁶⁵ BGH NJW 1971, 99; BauR 1982, 277; BauR 2003, 689 = NJW 2003, 1450.

2. Anspruchsinhalt

- 338 Im Übrigen bestehen zwischen dem Anspruch aus § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B und dem Nacherfüllungsanspruch gemäß § 635 BGB trotz der abweichenden Terminologie inhaltlich keine Unterschiede.¹⁰⁶⁶ Dem Auftragnehmer steht also auch im Anwendungsbereich des § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B das Recht zu, entweder den Mangel (oder die Vertragswidrigkeit des Werkes) zu beseitigen oder ein neues Werk herzustellen. Zur Neuherstellung ist er verpflichtet, wenn sich der Mangel anders nicht vollständig beseitigen lässt.¹⁰⁶⁷ Ist die Mängelbeseitigung nur in der Weise möglich, dass andere, bereits erstellte Teile des Bauwerkes entfernt oder beschädigt werden müssen, hat der Unternehmer auch das auf seine Kosten zu veranlassen. Im Rahmen von § 4 Abs. 7 VOB/B hat der Auftraggeber einen Anspruch auf die Beseitigung auch von unerheblichen Mängeln, sofern sie nicht – ausnahmsweise – für die Tauglichkeit oder den Wert der Bauleistung ohne jede Bedeutung sind und dem Mängelbeseitigungsverlangen des Bestellers daher der Gedanke von Treu und Glauben entgegensteht.¹⁰⁶⁸ Zudem kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung unter den auch im Rahmen von § 4 Abs. 7 VOB/B anwendbaren §§ 635 Abs. 3, 275 Abs. 2 BGB wegen eines unverhältnismäßig hohen Aufwandes verweigern, für den er im Streitfall allerdings darlegungs- und beweispflichtig ist und auf den er sich im Prozess ausdrücklich berufen muss.¹⁰⁶⁹ Ein unverhältnismäßig hoher Aufwand liegt vor, wenn der durch die Nacherfüllung erzielbare Erfolg in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dazu erforderlichen Aufwandes steht, wenn also einem objektiv geringen Interesse des Bestellers ein hoher Aufwand gegenübersteht.¹⁰⁷⁰ Teilweise wird auch befürwortet,¹⁰⁷¹ dass der Auftraggeber in einem solchen Fall ein Recht zur Minderung der Vergütung haben soll. Im Hinblick darauf, dass die VOB/B eine solche Rechtsfolge ausdrücklich nicht im Rahmen des § 4 Abs. 7 VOB/B, sondern nur bei der Gewährleistung (§ 13 Abs. 6 VOB/B) vorsieht, ist das jedoch zweifelhaft.
- 339 Zu beachten ist, dass die bloß verspätete Fertigstellung der Leistung nicht unter § 4 Abs. 7 VOB/B fällt. Die Rechtsfolgen des Verzuges sind in § 5 Abs. 4 VOB/B geregelt; der Besteller hat in diesem Fall entweder – nämlich bei Kündigung – die Rechte aus § 8 Abs. 3 VOB/B oder, wenn er den Vertrag aufrechterhalten will, aus § 6 Abs. 6 VOB/B.¹⁰⁷²
- 340 Häufig finden sich in vom Auftraggeber gestellten AGB Klauseln, die dem Auftragnehmer unabhängig von dem Nachweis einer konkreten Verursachung Mängelbeseitigungspflichten auferlegen. Das ist gemäß § 307 BGB unwirksam.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁶ Deshalb wird zum Anspruchsinhalt auf die ausführliche Darstellung Rdn. 156 ff verwiesen. Was die Anspruchsvoraussetzungen betrifft, erfordert § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B im Gegensatz zu § 635 BGB allerdings keine Leistungsaufforderung durch den Besteller. Das ergibt sich daraus, dass der Anspruch auf mangelfreie Leistung als Erfüllungsanspruch aus dem Vertrag ohnehin besteht und von der speziellen Regelung in § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B nicht berührt wird.

¹⁰⁶⁷ *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 689.

¹⁰⁶⁸ KG IBR 2005, 671; *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 7 VOB/B Rdn. 11; *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 693.

¹⁰⁶⁹ *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 713.

¹⁰⁷⁰ Dazu im Einzelnen Rdn. 173 ff. Es ist auch an dieser Stelle besonders darauf hinzuweisen, dass es **nicht** darauf ankommt, in welchem Verhältnis der Mängelbeseitigungsaufwand zur Höhe des Werklohns steht und ob der Werkunternehmer seinen Gewinn einbüßt oder gar zuzahlen muss; vgl. dazu BGH BauR 2003, 1209, NJW 1992, 1481; OLG München BauR 1985, 453 und die bei Rdn. 173 nachgewiesene Rechtsprechung.

¹⁰⁷¹ *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 7 VOB/B Rdn. 21.

¹⁰⁷² *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 7 VOB/B Rdn. 10.

¹⁰⁷³ *Ingenstau/Korbion-Oppler* § 4 Abs. 7 VOB/B Rdn. 14.

3. Weitere Rechtsfolgen

Wenn den Auftraggeber an dem aufgetretenen Mangel ein Mitverschulden trifft, ist er für die Beseitigung bzw. deren Kosten mitverantwortlich. Das kann zu einem Zuschussanspruch des Auftragnehmers zu den Kosten der Mängelbeseitigung führen.¹⁰⁷⁴ In diesem Zusammenhang sind die im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs dargestellten Grundsätze – auch zur Anrechnung von „Sowieso-Kosten“ und zur Berücksichtigung der Vorteilsausgleichung – sinngemäß anwendbar.¹⁰⁷⁵ 341

Weil noch keine Abnahme der Bauleistung erfolgt ist, hat der Unternehmer nach allgemeinen Regeln im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass er seine vertraglichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllt hat.¹⁰⁷⁶ Der Bauherr seinerseits muss zuvor in einer den Grundsätzen der Symptomtheorie¹⁰⁷⁷ entsprechenden Weise das Vorliegen eines Mangels behaupten.¹⁰⁷⁸ 342

Wenn der Unternehmer den von ihm selbst oder dem Bauherrn während der Bauausführung erkannten Mangel nicht beseitigt, kann ihm der Auftraggeber nach § 4 Abs. 7 Satz 3 eine Frist mit der Androhung setzen, ihm nach deren fruchtlosen Ablauf den Auftrag nach § 8 Abs. 3 VOB/B zu entziehen, d. h. das Vertragsverhältnis zu kündigen.¹⁰⁷⁹ Die Kündigungsandrohung ist notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung der weiteren Rechte nach § 8 Abs. 3 VOB/B; unterbleibt sie, ist die Auftragsentziehung als „freie“ Kündigung nach §§ 8 Abs. 1 VOB/B, 649 BGB zu werten.¹⁰⁸⁰ Die Mängelbeseitigungsaufforderung hat den Mangel so konkret zu beschreiben, dass der Auftragnehmer die von ihm geforderte Mängelbeseitigungsleistung eindeutig erkennen kann. Eine zu kurz bemessene Frist ist nicht wirkungslos, sondern setzt eine den Umständen nach angemessene Frist in Gang. Bei fruchtlosem Fristablauf und ausreichender Ankündigung kann der Auftraggeber sodann dem Unternehmer gegenüber das Vertragsverhältnis kündigen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich aus § 8 Abs. 3 VOB/B. 343

Der Besteller kann entweder die Bauleistung auf Kosten des Unternehmers selbst oder durch einen Ersatzunternehmer fertig stellen und den etwa darüber hinaus entstehenden Schaden geltend machen oder auf die weitere Ausführung verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die Einzelheiten dieses Anspruchs werden im Zusammenhang mit den Folgen einer verzögerten Bauausführung dargestellt.¹⁰⁸¹ 344

§ 3 Ansprüche des Bauherrn bei Kündigung des Bauvertrages

In diesem Abschnitt geht es zum einen um die Ansprüche des Bauherrn nach einer vom Auftragnehmer zu vertretenden Kündigung des Bauvertrages¹⁰⁸² und zum anderen um die 345

¹⁰⁷⁴ *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 703.

¹⁰⁷⁵ Vgl. dazu im Einzelnen Rdn. 165 ff.

¹⁰⁷⁶ BGH NJW 1957, 746; *Kleine-Möller/Merl* § 15 Rdn. 700.

¹⁰⁷⁷ BGHZ 62, 293 = WM 1974, 634; BauR 2003, 693 = NJW 2003, 1526; BauR 2003, 1247 = NJW-RR 2003, 1239.

¹⁰⁷⁸ *Werner/Pastor* Rdn. 2141.

¹⁰⁷⁹ In diesem Bereich gilt also nach wie vor die im gesetzlichen Werkvertragsrecht ansonsten weggefallene **Ablehnungsandrohung**.

¹⁰⁸⁰ BGH BauR 1987, 689; *Werner/Pastor* Rdn. 2145.

¹⁰⁸¹ Rdn. 350 ff.

¹⁰⁸² Daran, dass eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund auch im Bereich des gesetzlichen Werkvertragsrechts zulässig ist, hat sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nichts geändert; dazu *Werner/Pastor* Rdn. 1752; *Ingenstau/Korbion-Vygen* § 8 Abs. 3 VOB/B Rdn. 5; *Locher* Rdn. 127.

Gewährleistung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist – auch im VOB-Vertrag – immer dann gerechtfertigt, wenn eine der Vertragsparteien ihre Vertragspflichten in einem Maße verletzt, dass für den anderen Teil die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar geworden ist.¹⁰⁸³ Daneben verweist die VOB/B in § 4 Abs. 7 Satz 3 und § 5 Abs. 4 auf das besonders geregelte Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 8 Abs. 3 VOB/B.

I. Die allgemeinen Wirkungen der Kündigung

- 346 Die Kündigung des Vertrages beschränkt den Umfang der vom Auftragnehmer geschuldeten Werkleistung auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil und seinen Vergütungsanspruch auf diesen Leistungsteil der ursprünglich geschuldeten Leistung. Sie beendet dagegen nicht automatisch das Erfüllungsstadium des Vertrages, so dass dem Auftraggeber die vertraglichen Erfüllungsansprüche – im VOB/B-Vertrag nach § 4 Abs. 7 VOB/B und im BGB-Vertrag nach den §§ 633 ff. BGB – hinsichtlich der durch die Erklärung beschränkten Leistung auch nach der Kündigung zustehen. Das Erfüllungsstadium eines gekündigten Vertrags endet vielmehr wie bei einem nicht gekündigten Vertrag mit der Abnahme,¹⁰⁸⁴ die im Übrigen hier die gleiche Funktion wie beim nicht gekündigten Vertrag hat. Nach der Kündigung hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Abnahme, wenn die von ihm bis zur Kündigung erbrachte Leistung die Voraussetzung für die Abnahmepflicht des Auftraggebers erfüllt.¹⁰⁸⁵ Im Übrigen ist zu beachten, dass die Kündigung selbst keine konkludente Abnahme darstellt. Zur Frage, ob eine Kündigung des Bauvertrages, wie bisher meist angenommen, auch ohne Abnahme der Leistung zur Fälligkeit des Werklohns führt, wird auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Abnahme verwiesen.¹⁰⁸⁶

II. Gewährleistung für bereits erbrachte Leistungen

- 347 Was die Gewähr für die Leistungen angeht, die der Unternehmer bis zur Kündigung des Bauvertrages erbracht hat, gibt es keine Besonderheiten gegenüber einem vollständig durchgeführten Vertrag. Der Unternehmer hat nach allgemeinen Grundsätzen einzustehen.¹⁰⁸⁷ Das gilt unabhängig davon, ob die Vertragskündigung nach §§ 649 BGB, 8 Abs. 1 VOB/B als sog. „freie“ Kündigung erfolgt ist oder aufgrund eines bereits während der Ausführung erkannten, vom Auftragnehmer aber nicht fristgerecht beseitigten Mangels (§ 4 Abs. 7 Satz 1 und 3 VOB/B) oder schließlich bei einer aufgrund verzögerter Ausführung (§ 5 Abs. 4 VOB/B) erfolgten Kündigung. Der Auftragnehmer bleibt stets auch nach einer Kündigung verpflichtet, die Mängel der von ihm erbrachten Leistung zu beseitigen. Geschieht das nicht, stehen dem Auftraggeber die sekundären Gewährleistungsrechte nach § 634 BGB bzw. nach § 13 VOB/B zu, allerdings nur dann, wenn dem Unternehmer zuvor ergebnislos eine Frist zur Nachbesserung gesetzt worden ist. Die (berechtigte und vom Auftragnehmer zu vertretende) Kündigung des Bauvertrages ändert also vor allem nichts daran, dass er vor der Mängelbeseitigung durch einen Dritten Gelegenheit bekommen muss, die festgestellten Mängel selbst zu beseitigen. Wenn der Bauherr das nicht beachtet, führt das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts-

¹⁰⁸³ Allgemeine Meinung; vgl. nur *Werner/Pastor* Rdn. 1752.

¹⁰⁸⁴ BGH BauR 2003, 689 = NJW 2003, 1450.

¹⁰⁸⁵ BGH BauR 2003, 689 = NJW 2003, 1450.

¹⁰⁸⁶ Rdn. 61.

¹⁰⁸⁷ BGH NJW-RR 1988, 208; NJW 1988, 140; *Werner/Pastor* Rdn. 2148; *Kniffka/Schmitz* § 649 BGB Rdn. 149.

§ 4 Ansprüche des Bauherrn bei verzögerter Leistung

hofes¹⁰⁸⁸ grundsätzlich zum Verlust aller Mängelansprüche und unter Umständen zur uneingeschränkten Verpflichtung zur Zahlung des Werklohns. Die Fristsetzung ist – neben den Fällen der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung¹⁰⁸⁹ – nur dann entbehrlich, wenn die Kündigung gerade auf den vom Unternehmer zu verantwortenden Mängeln beruht und diese so gravierend sind, dass nach allgemeinen Grundsätzen das Vertrauen des Auftraggebers in die Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu Recht weggefallen ist.¹⁰⁹⁰ Eine dem Eintritt dieser Rechtsfolge entgegenstehende Regelung in AGB des Auftraggebers ist unwirksam.¹⁰⁹¹

Die Darlegungs- und Beweislast für die Mängelfreiheit der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen trägt bis zur Abnahme der Unternehmer.¹⁰⁹² **348**

III. Schadensersatz- und Mehrkostenansprüche

Nach einer Kündigung des Bauvertrages infolge einer von Auftragnehmer zu vertretenden Pflichtverletzung stehen dem Auftraggeber Ansprüche auf Ersatz der Mehrkosten für die Fertigstellung zu. Im Bereich des gesetzlichen Werkvertragsrechts ergibt sich der Anspruch aus §§ 280, 281 BGB, bei einem VOB-Vertrag aus § 8 Abs. 3 Satz 1 VOB/B. Darüber hinaus kann er (auch) den Ersatz des reinen Verzögerungsschadens verlangen (§§ 280, 286 BGB), der im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung einen Rechnungsposten darstellt, sowie – beim VOB-Vertrag – die weiteren Rechte aus § 8 Abs. 3 VOB/B und § 6 Abs. 6 VOB/B geltend machen.¹⁰⁹³ Diese Ansprüche geben dem Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB); der Werklohnklage des Auftragnehmers gegenüber kann er mit dem Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten auch aufrechnen.¹⁰⁹⁴ Schließlich steht ihm auch ein Kostenvorschussanspruch zu.¹⁰⁹⁵ **349**

§ 4 Ansprüche des Bauherrn bei verzögerter Leistung

I. Überblick

Im Falle des Leistungsverzugs des Unternehmers stehen dem Bauherrn sowohl beim BGB- wie beim VOB-Vertrag verschiedene Rechte zur Verfügung, von denen er wahlweise Gebrauch machen kann. Im Bereich des gesetzlichen Werkvertragsrechts besteht zunächst die Möglichkeit, auf der weiteren Ausführung des Vertrages zu bestehen¹⁰⁹⁶ und daneben den durch den Verzug entstandenen Schaden nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB geltend zu machen.¹⁰⁹⁷ Stattdessen kann der Bauherr aber auch Schadensersatz **350**

¹⁰⁸⁸ Vgl. dazu Rdn. 205.

¹⁰⁸⁹ Dazu Rdn. 200.

¹⁰⁹⁰ Werner/Pastor Rdn. 2182 ff.

¹⁰⁹¹ BGH BauR 2000, 1182 = NZBau 2000, 375; Kniffka/Schmitz § 649 BGB Rdn. 151.

¹⁰⁹² BGH BauR 1999, 1319 = NJW 1999, 3554.

¹⁰⁹³ Zum Inhalt dieser Ansprüche im Einzelnen Rdn. 354 ff.

¹⁰⁹⁴ Kniffka/Schmitz § 649 BGB Rdn. 157.

¹⁰⁹⁵ Werner/Pastor Rdn. 2147; zum Vorschussanspruch allgemein Rdn. 217 ff.

¹⁰⁹⁶ Die isolierte Klage auf Erfüllung des Bauvertrages spielt in der Baupraxis allerdings kaum eine Rolle.

¹⁰⁹⁷ Dazu Rdn. 310. Diese Variante wird der Bauherr nur erwägen, wenn er an der Fortsetzung des Vertrages mit dem säumigen Unternehmer ein besonderes Interesse hat, etwa wenn es sich um die Durchführung eines Vertrages handelt, für den nur dieser Auftragnehmer über ausreichende Spezialkenntnisse verfügt. In der Regel werden jedoch zur Nacherfüllung bereite und fähige Drittunternehmer zur Verfügung stehen.

Erster Teil: Das System des Gewährleistungsrechts nach BGB und VOB/B

wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, nachdem er dem Unternehmer zuvor erfolglos eine Frist zur Leistung gesetzt hat. In diesem Falle stellt der Verzögerungsschaden (§ 286 BGB) einen Rechnungsposten innerhalb des weitergehenden Nichterfüllungsschadens dar.¹⁰⁹⁸ Anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung kann der Auftraggeber schließlich den Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB verlangen, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches statt der Leistung vorliegen.

- 351 Während diese Ansprüche ein schuldhaftes Handeln des Unternehmers voraussetzen, kann der Bauherr auch bei nicht zu vertretender Verzögerung des Auftragnehmers vom Vertrag zurücktreten (§ 323 BGB). Der Rücktritt schließt nach der neuen Rechtslage (§ 325 BGB) das Verlangen von Schadensersatz nicht mehr aus.¹⁰⁹⁹
- 352 Diese Schadensersatzansprüche und das Rücktrittsrecht sind bereits in den jeweiligen Zusammenhängen erörtert; auf diese Darstellung kann verwiesen werden. Das Gleiche gilt auch für den Vertragsstrafenanspruch des Auftraggebers, der ja auch nichts anderes als ein auf verzögerliche Leistungserbringung zurückzuführender Anspruch ist. Er ergibt sich allerdings nicht bereits aus dem Gesetz, sondern kann nur geltend gemacht werden, wenn die Parteien eine Vertragsstrafe wirksam vereinbart haben.¹¹⁰⁰
- 353 Beim VOB-Vertrag ergeben sich die Rechte des Auftraggebers bei einem Leistungsverzug des Auftragnehmers aus § 5 Abs. 4 VOB/B. Auch diese Bestimmung eröffnet – unter Ausschluss der Rücktritts- und Schadensersatzrechte des Auftraggebers nach den gesetzlichen Bestimmungen¹¹⁰¹ – dem Bauherrn mehrere Möglichkeiten: zum einen kann er Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B verlangen, zum anderen aber dem Vertragspartner auch – nach Ablauf einer zuvor gesetzten und angemessenen Frist zur Vertragserfüllung – nach § 8 Abs. 3 VOB/B den Auftrag entziehen und Schadensersatz gelt machen. Der Schaden selbst kann auf verschiedene Weise berechnet werden, je nachdem ob der Auftraggeber das Werk durch einen Drittunternehmer fertig stellen lässt oder auf die weitere Ausführung der Leistung verzichtet. Im ersten Fall kann er die sich aus der Fertigstellung der Leistung durch einen Dritten ergebenden Mehrkosten und einen eventuellen weiteren Schaden, im zweiten Fall Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

II. Verzugsfolgen beim VOB-Vertrag im Einzelnen

- 354 Die VOB/B enthält in § 5 Abs. 4 zusammenfassend die Regelungen, die für den Leistungsverzug des Auftragnehmers gelten. Der Bauherr kann, wie soeben erwähnt, bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B verlangen oder dem Auftragnehmer nach § 8 Abs. 3 VOB/B den Auftrag entziehen, wenn eine zuvor gesetzte Frist zur Erfüllung ergebnislos verstrichen ist. Die Vorschrift stellt gegenüber den allgemeinen gesetzlichen Schadensersatzregelungen insofern eine Erweiterung dar, als Ansprüche nicht erst bei verzögerter Vollendung der Leistung, sondern bereits dann bestehen, wenn der Unternehmer die Arbeit nicht rechtzeitig aufnimmt oder die Baustelle nicht ausreichend bestückt (§ 5 Abs. 3 VOB/B). Das Kündigungsrecht besteht nur solange, wie die Leistung des Unternehmers nicht vollendet und abgenommen ist.¹¹⁰² Entgegen dem Wortlaut von § 5 Abs. 4 VOB/B („oder“) kann der Auftraggeber die Ansprüche aus § 6 Abs. 6 VOB/B und aus § 8 Abs. 3 VOB/B nebeneinander geltend machen, wenn er bei

¹⁰⁹⁸ Zum Schadensersatzanspruch statt der Leistung Rdn. 283 ff.

¹⁰⁹⁹ Rdn. 241.

¹¹⁰⁰ Zu den Einzelheiten Rdn. 361 ff.

¹¹⁰¹ *Ingenstau/Korbion-Döring* § 5 Abs. 4 VOB/B Rdn. 28 bis 30; *Werner/Pastor* Rdn. 2325.

¹¹⁰² *Kleine-Möller/Merl* § 16 Rdn. 161.