

## Vor der Abnahme erklärte Fristsetzungen können nicht als Fristsetzung zur Nacherfüllung ausgelegt werden!

Die bauvertragliche geschuldete Leistung wurde mangelfrei erbracht. Ein Szenario, das sich alle Beteiligten eines Bauvertrages wünschen. Leider entspricht diese Wunschvorstellung nicht immer der Wirklichkeit und der eine oder andere Auftraggeber musste bereits feststellen, dass dies just bei ihm nicht der Fall ist. Schutzlos sind Auftraggeber in diesen Fällen aber nicht. Vielmehr können Mängelrechte Abhilfe schaffen. Ob Mängelrechte nach dem BGB oder der VOB/B Anwendung finden, ist freilich davon abhängig, ob die VOB/B wirksam mit in das Vertragsverhältnis einbezogen wurde. Beiden Mängelrechtsregimen ist aber gemein, dass jeweils bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen, damit entsprechende Mängelrechte mit Erfolg geltend gemacht werden können. Zu diesen Voraussetzungen zählt regelmäßig, dass der Auftraggeber dem jeweiligen Auftragnehmer zuvor eine Frist zur konkreten Nacherfüllung gesetzt hat, die dann aber erfolglos verstrichen ist. So weit, so gut – und für die meisten Leser sicherlich keine neue Erkenntnis. Jedoch gilt es auch in diesem Rahmen Fallstricke zu vermeiden, und zwar insbesondere im Hinblick auf den Zeitpunkt der jeweiligen Fristsetzung. Ob insoweit eine bereits vor der Abnahme erklärte Fristsetzung zur Beseitigung von Mängeln ausreichend ist, hatte kürzlich das Oberlandesgericht Brandenburg zu entscheiden; der Inhalt dieses Urteils vom 22.03.2023 (= 4 U 190/21) gibt Anlass zur Beachtung und sollte von den im Straßenbau Beteiligten im Umgang mit Mängelrechten berücksichtigt werden.

### 1 Sachverhalt

Der Generalunternehmer (GU) eines Bauvertrages nimmt seinen Nachunternehmer (NU) wegen mangelhafter Bauleistungen aus einem VOB/B-Vertrag über die Sanierung von Rissen und Fugen einer Asphaltfläche in Anspruch. Nach Auffassung des GU sei die Sanierung der Risse und Fugen mangelhaft erfolgt. Nachdem der Auftraggeber (AG) des

GU dem GU noch vor Fertigstellung der Arbeiten diesem die Mängel angezeigt und ihm eine Frist zur Bestätigung der Mängelbeseitigung gesetzt hatte, leitete der GU diese Mängelanzeige an seinen NU weiter. Der NU wies die angezeigten Mängel zwar zurück, bat jedoch gleichzeitig um einen Vor-Ort-Termin zur Ermittlung der Schadensursache. Hierzu kam es jedoch nicht. Mit späterem Schreiben forderte der AG seinen GU nochmals dazu auf, die Mängel zu beseitigen, und setzte die Frist „gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B als letzte Frist zum Abschluss der Arbeiten“. Der GU hatte dieses Schreiben in der Folge an seinen NU weitergeleitet, um diesen damit aufzufordern, die Mängel zu beseitigen. Der NU lehnte die Anerkennung von Mängeln wiederum ab, teilte jedoch mit, dass er die Beanstandungen vor Ort prüfen wolle.

In einem Vorprozess, in dem der GU einen Werklohnanspruch gegen seinen AG geltend machte, verteidigte sich Letzterer mit den behaupteten Mängeln und machte widerklagend einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Beseitigung der Mängel geltend. Letztlich endete dieser Vorprozess durch Vergleich, in dessen Rahmen sich der GU verpflichtete, einen erheblichen Geldbetrag an seinen AG zu zahlen.

Der GU verlangt nunmehr die Zahlung eines Teilbetrages vom NU. Mit Erfolg?

### 2 Entscheidung

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Nach Auffassung des Oberlandesgerichtes liegen die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch des GU gegen den NU aus § 13 Abs. 7 VOB/B nicht vor. Die Mängelansprüche aus § 13 VOB/B sind grundsätzlich erst nach einer Abnahme anwendbar, die es vorliegend aber nicht gab. Zwar sind von diesem Grundsatz auch Ausnahmen denkbar, jedoch hatte die Klägerin auch nicht vorgetragen, dass der Bauvertrag gekündigt oder auf andere Weise beendet worden wäre. Dies hat jedenfalls zur Folge,

dass der Anwendungsbereich der Ansprüche aus § 13 VOB/B schon nicht eröffnet ist.

Ungeachtet dessen setzt die Geltendmachung des auf § 13 Abs. 7 VOB/B gestützten Schadensersatzanspruchs eine vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 13 Abs. 5 VOB/B voraus. Hier gab es nun eine entsprechende Fristsetzung, jedoch erfolgte diese noch vor Abnahme und es handelte sich dabei auch um eine Ausführungsfrist nach § 5 Abs. 4 VOB/B, also um eine Frist zur Vertragserfüllung. An dieser Stelle stellte sich nun für das Oberlandesgericht die Frage, ob eine solche Frist zur Ausführung als Fristsetzung nach § 13 Abs. 5 VOB/B, also zur Mängelbeseitigung, ausgelegt werden kann. Das Oberlandesgericht entschied insoweit, dass eine solche Auslegung schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil die Arbeiten des NU jedenfalls zum Zeitpunkt des Schreibens noch nicht fertiggestellt waren und damit sowohl die Abnahmereife als auch die Abnahme selbst ausgeschlossen werden können. Da Rechte aus § 13 VOB/B vor der Abnahme nicht geltend gemacht werden können, kann – so das Oberlandesgericht – auch keine wirksame Frist nach § 13 Abs. 5 VOB/B gesetzt worden sein.

Zwar ist es von der Rechtsprechung anerkannt, dass Mängelrechte unter Umständen auch ohne vorherige Fristsetzung geltend gemacht werden können, jedoch gilt dies nur unter engen Voraussetzungen. Voraussetzung hierfür ist nämlich, dass der jeweilige Auftragnehmer, vorliegend also der NU, die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten endgültig und ernsthaft verweigert. Dies war vorliegend aber gerade nicht der Fall. Zwar

#### Sören Ramm

ramm@ahlers-vogel.de

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
und Vergaberecht

Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB  
Contrescarpe 21  
28203 Bremen

hat der NU die gerügten Mängel zurückgewiesen, jedoch gleichsam seine Bereitschaft erklärt, an einem Vor-Ort-Termin teilzunehmen, bei dem die Schadensursache ermittelt werden sollte.

Die Klage musste daher abgewiesen werden.

### 3 Hinweise für die Praxis im Straßenbau

Wie oben beschrieben, setzen die Mängelansprüche aus § 13 VOB/B regelmäßig voraus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer zuvor eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, die erfolglos abgelaufen ist. Zwar sind von diesem Grundsatz Ausnahmen denkbar, jedoch nur in einem engen Maße, nämlich insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer die Erfüllung ernsthaft und endgültig

verweigert. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalles und – wie die Entscheidung des Oberlandesgerichtes Brandenburg zeigt – nicht immer leicht zu beantworten. Auftraggeber sind daher gut beraten, sich nicht zu vorschnell auf dieses „dünne Eis“ zu begeben, sondern im Zweifel – wie üblich – entsprechende Fristen zu setzen.

Bei dem Setzen der Fristen gilt es dann zu beachten, dass es sich hierbei tatsächlich um eine Frist zur Nacherfüllung handelt. Da die Nacherfüllung schon vom Wortlaut her voraussetzt, dass zuvor bereits das Erfüllungsstadium beendet wurde, muss die Frist auch nach Beendigung dieses Stadiums gesetzt werden. Wann endet dieses Stadium nun genau? Dies ist regelmäßig mit der Abnahme der Bauleistung der Fall. Nach der Entscheidung des Oberlandesgerichtes

Brandenburg ist es dabei so, dass eine vor der Abnahme gesetzte Frist nicht ausreichend ist, um die Voraussetzungen für die Anwendung der Mängelansprüche nach § 13 VOB/B zu schaffen. Vielmehr ist es in einer solchen Konstellation erforderlich, dass eine gesonderte Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt wird, und zwar nach der Abnahme. Nach der inhaltlich zutreffenden Entscheidung des Oberlandesgerichtes kann eine Frist zur Erfüllung im Sinne des § 5 Abs. 4 VOB/B nämlich nicht als Frist zur Nacherfüllung im Sinne des § 13 Abs. 5 VOB/B ausgelegt werden. Wird eine gesonderte Frist zur Mängelbeseitigung daher nicht gesetzt, kann dies dazu führen, dass entsprechende Mängelansprüche nicht mit Erfolg geltend gemacht werden können. Ein Szenario, das in jedem Falle vermieden werden sollte! ■