

Genügt ein fristbewehrtes Nachbesserungsverlangen des Bestellers für das Entstehen des Ersatzvornahmeregts gem. § 633 Abs. 3 BGB?

I. Das Problem

1. Einleitung

Das Recht des Bestellers beim BGB-Werkvertrag, Mängel des Werkes auf Kosten des Unternehmers selber zu beseitigen oder durch Dritte beseitigen zu lassen ("Ersatzvornahmeregts" gem. § 633 Abs. 3 BGB), hat in seiner Bedeutung die Gewährleistungsrechte (Wandlung und Minderung) weit hinter sich gelassen. Das hat seinen Grund darin, dass der Besteller nach der Rechtsprechung des BGH entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur *Kostenerstattung* nach Ersatzvornahme, sondern *Kostenvorschuss* vor der eigenen Mängelbeseitigung verlangen kann.¹ In der Praxis ist deswegen die Ersatzvornahme bzw. der Anspruch auf Kostenvorschuss für den Besteller jedenfalls dann, wenn es ihm wirklich um die Beseitigung der Mängel geht, das Mittel seiner Wahl.² Trotz seiner überragenden praktischen Bedeutung besteht hinsichtlich der Voraussetzungen des Ersatzvornahmeregts aber eine gewisse Unsicherheit. Für gewöhnlich wird nämlich dem Besteller bzw. seinem Anwalt empfohlen, den Unternehmer auf die Mängel hinzuweisen und ihn zugleich unter Fristsetzung zur Nachbesserung aufzufordern. Es ist aber die Frage, ob bereits nach erfolglosem Fristablauf der Weg zu Ersatzvornahme bzw. Kostenvorschuss gem. § 633 Abs. 3 BGB eröffnet ist oder ob noch eine *Mahnung* hinzukommen muss. Die einschlägige Literatur gibt dem Praktiker dabei selten eine eindeutige Hilfe. Meistens wird lediglich auf den Gesetzeswortlaut verwiesen: danach entsteht das Selbsthilfe-recht des § 633 Abs. 3 BGB bei *Verzug* des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung. Bei *Werner/Pastor* ist hierzu zu lesen, das sei der Fall, wenn der Unternehmer "den konkret abgemahn-ten Mangel nicht fristgerecht beseitigt" habe.³ Kann demnach bereits das erste fristbewehrte Nachbesserungsverlangen des Bestellers einen Mangel verzugsbegründend "abmahnen"? Der Besteller muss diesbezüglich sicher sein können, denn sein Einsatz ist hoch: Für eine vorzeitige und d.h. unberechtigte Ersatzvornahme kann er vom Unternehmer keinerlei Ersatz verlangen.⁴

2. Mängelanzeige bzw. Beseitigungsverlangen als Mahnung?

Gem. § 284 Abs. 1 S. 1 BGB gerät der Schuldner durch eine Mahnung des Gläubigers nach dem Eintritt der Fälligkeit in Verzug. Der Werkunternehmer würde also durch die bloße Aufforderung des Bestellers zur Mängelbeseitigung in Verzug geraten – mit der Folge, dass der Besteller zur Ersatzvornahme berechtigt wäre –, wenn es sich bei dieser Aufforderung um eine Mahnung nach Fälligkeit der Leistung des Unternehmers handeln würde.

Eine Mahnung ist die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zur Vornahme der Leistung; das Nachbesserungsverlangen des Bestellers an den Unternehmer ist also eine Mahnung. Daran ändert sich nichts, wenn das Nachbesserungsverlangen wie üblich mit einer Vornahmefrist verbunden wird. Denn es ist üblich und wirksam, eine Mahnung aufschiebend zu *befristeten* (§§ 163, 158 Abs. 1 BGB) mit der Folge, dass die Verzugsfolgen erst mit Fristablauf eintreten.⁵

Die Frage ist nun aber, ob dieses als Mahnung zu qualifizierende Mängelbeseitigungsverlangen "nach dem Eintritt der Fälligkeit" erfolgt.⁶ Ist die Leistung des Unternehmers, nämlich die Mängelbeseitigung, schon *vor* der dahingehenden Aufforderung fällig? Dafür spricht, dass der Unternehmer gem. §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB von vornherein verpflichtet ist, ein mangelfreies

Werk zu erstellen und dass der Nachbesserungsanspruch des Bestellers gem. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB prinzipiell identisch ist mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch.⁷ Man könnte daher argumentieren, dass der Anspruch auf Mängelbeseitigung als letzter Teil der vollständigen Werkleistung mit Abschluss des Werkvertrags bis zur mangelfreien Fertigstellung des Werkes ohne weiteres fällig ist und bleibt. Die Aufforderung zur Mängelbeseitigung wäre dann die Anmahnung einer fälligen Leistung. Diese Ansicht wird in der Literatur namentlich von *Merl* und von *Soergel* in dankenswerter Klarheit vertreten. Danach sei der Anspruch auf Nachbesserung sofort mit dem Auftreten des Mangels gegeben.⁸ Vermutlich im demselben Sinne sind auch die Ausführungen von *Peters* zu verstehen, wonach es sich bei der verzugsbegründenden Mahnung "nicht nur um eine Mängelanzeige handeln [dürfe], sondern eine *bestimmte Leistungsaufforderung* gegeben sein" müsse.⁹

Gegen die Annahme, die Mängelbeseitigung sei ohne vorhergehende Mängelanzeige fällig, spricht allerdings der Umstand, dass der Unternehmer jedenfalls nach der Abnahme des Werkes ohne einen entsprechenden Hinweis des Bestellers gar nicht wissen kann, dass er noch eine Leistung zu erbringen hat und ggf. welche. Der Nachbesserungsanspruch ist vor der Mängelanzeige also nicht hinreichend *konkretisiert*. Eine vergleichbare Situation existiert beim Anspruch auf Schmerzensgeld: Der Verletzte ist zwar dem Grunde nach schon mit dem Eintritt der Verletzung zur Zahlung von Schmerzensgeld gem. § 847 BGB an den Geschädigten verpflichtet. Gleichwohl ist es anerkannt, dass er mit dieser Zahlung nicht in Verzug geraten kann, bevor der Geschädigte seinen Anspruch beziffert hat.¹⁰

1 Seit BGHZ 61, 28; 66, 138 st. Rspr.; vgl. aus jüngerer Zeit BGH, Urt. v. 20.9.1992 - VIII ZR 193/91 - NJW 1992, 3297 = LM H. 2/1993 § 633 BGB Nr. 84. Peters stellt zutreffend fest, dass diese Rechtsprechung die Gewichte innerhalb des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts in revolutionärer Weise verschoben hat (in: Staudinger, 13. Aufl. 1994, § 633 BGB, Rn. 191).

2 So Staudinger/Peters, aaO. (Vornote).

3 Der Bauprozess, 9. Aufl. 1999, Rn. 1580.

4 Obwohl der Unternehmer dadurch ja entsprechende eigene Ausgaben ganz oder teilweise erspart hat. BGH Urt. v. 30.6.1983 - VII ZR 293/82 -, BauR 1983, 459 = ZfBR 1983, 230; Urt. v. 7.11.1985, NJW 1986, 922; Urt. v. 8.10.1987 - VII ZR 45/87 -, BauR 1988, 82 = ZfBR 1988, 38.

5 Ziegeltrum, JuS 1986, 709; MüKo/Thode, 3. Aufl. 1994, § 284, Rn. 32; Palandt/Heinrichs, 57. Aufl. 1998, Rn. 17. Beispielsweise ist die Zahlungserinnerung unter Fristsetzung zur Zahlung unproblematisch eine Mahnung i.S.v. § 284 BGB. Verzugszinsen sind i.d.R. aber erst nach Fristablauf zu zahlen (vgl. dazu auch Huber, Leistungsstörungen (Handbuch des Schuldrechts 9), Band I, 1999, § 17 IV 1).

6 Eine vor Fälligkeit ausgesprochene Mahnung ist wirkungslos, vgl. BGH, Urt. v. 29.4.1992 - XII ZR 105/91 - NJW 1992, 1956.

7 H.M., vgl. nur Staudinger/Peters, aaO. (Fn. 1), Rn. 159.

8 Merl in: Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, Handbuch des privaten Baurechts, 1992, Rn. 266; Soergel in: MüKo, 3. Aufl. 1997, § 633 BGB, Rn. 142.

9 AaO. (Fn. 1), Rn. 195, Hervorheb. i.O.; die bestimmte Leistungsaufforderung kann ja nur dann gem. § 284 Abs. 1 S. 1 BGB den Verzug begründen, wenn die Mängelbeseitigung schon vorher fällig war.

10 Vgl. BGH VersR 1963, 726. Dazu, dass der Schuldnerverzug eine wirksame, insbesondere eine konkretisierte Forderung voraussetzt vgl. MüKo/Thode, § 284, Rn. 19 mwN. aus der Rechtsprechung.

Auch der BGH hat in dem - so weit ersichtlich - einzigen zu dieser Frage einschlägigen Urteil¹¹ die Ansicht vertreten, die Nachbesserungspflicht werde erst nach einer entsprechenden Mängelanzeige fällig. In dem Urteil heißt es, die Mängelbeseitigungspflicht des Unternehmers entstehe erst dann, wenn der Besteller ein entsprechendes Verlangen an ihn gestellt habe (§ 633 Abs. 2 BGB). Der Unternehmer könne mit der Beseitigungspflicht erst dann in Verzug gesetzt werden, wenn ihm eine angemessene Zeit zur Erfüllung des Verlangens eingeräumt gewesen sei, vorher habe er die Verzögerung nicht zu vertreten.

3. Entbehrlichkeit der Mahnung wegen Unzuverlässigkeit des Unternehmers?

Die verzugsbegründende Mahnung ist unbestrittenermaßen entbehrlich, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn er sich als so unzuverlässig erwiesen hat, dass dem Besteller eine Mängelbeseitigung durch ihn nicht mehr zuzumuten ist.¹² Ist das womöglich schon dann der Fall, wenn er auf eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung innerhalb der gesetzten Frist überhaupt nicht reagiert? Dieses Ergebnis wird in der baurechtlichen Literatur vielfach nahegelegt, insbesondere mit der Empfehlung der sog. "doppelten Fristsetzung". Dabei wird der Unternehmer aufgefordert, innerhalb der ersten Frist eine Erklärung abzugeben, dass er die (in dem Schreiben des Bestellers näher bezeichneten) Mängel anerkenne und innerhalb der zweiten Frist die Mängel zu beseitigen.¹³ Wenn schon die erste Frist abgelaufen ist, ohne dass der Unternehmer reagiert hat, soll der Besteller zur Ersatzvornahme berechtigt sein.¹⁴

Hier ist allerdings Vorsicht geboten. So weit ersichtlich, hat noch kein obergerichtliches Urteil zum BGB-Werkvertrag alleine aus dem fruchtlosen Ablauf einer vom Besteller gesetzten Frist (sei es der Frist zur Erklärung, dass die Mängel anerkannt werden, sei es der Frist zur Vornahme der Nachbesserungsarbeiten) auf die Unzuverlässigkeit des Unternehmers geschlossen und dem Besteller daraufhin die Ersatzvornahme gestattet bzw. Kostenvorschuss zugesprochen. Die in diesem Zusammenhang zitierten Urteile betreffen vielmehr häufig Werkverträge unter der Geltung der VOB/B. Dann hat das Ersatzvornahmerecht allerdings auch nicht den Verzug des Unternehmers zur Voraussetzung, sondern genügt es, wenn dieser "der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt" (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Leicht misszuverstehen ist freilich der Leitsatz des Urteils des OLG Hamm vom 29.06.1994, worin es zum BGB-Werkvertrag heisst: "Zur Begründung des Verzugs des Werkunternehmers reicht die Aufforderung des Bauherrn aus, die erforderlichen Mängelbeseitigungsarbeiten zu erbringen, ohne dass es der Androhung bestimmter Rechtsfolgen bedarf".¹⁵ Tatsächlich hatte sich der Besteller in dem entschiedenen Fall aber nicht mit einem einmaligen fristbewehrten Mängelbeseitigungsverlangen begnügt, sondern hatte eine zweite Aufforderung zur Mängelbeseitigung folgen lassen.¹⁶ Das OLG Hamm stellte mit dem zitierten Leitsatz lediglich klar, dass die zweite, also die *verzugsbegründende* Aufforderung, zu ihrer Wirksamkeit als Mahnung nicht mit der Androhung der Ersatzvornahme verbunden werden musste.

4. Verzug auf Grund bloßen Fristablaufs?

Eine Mahnung durch den Besteller wäre schließlich entbehrlich, wenn der Unternehmer alleine durch den Ablauf der vom Besteller zur Nachbesserung gesetzten Frist in Verzug geraten würde. Gem. § 284 Abs. 2 S. 1 BGB tritt Verzug auch ohne Mahnung ein, wenn eine Zeit "nach dem Kalender bestimmt" ist (und der Schuldner innerhalb dieser Zeit nicht leistet). Es wird aber häufig übersehen oder übergangen, dass nach bisher h.M. die *einseitige* Fristsetzung keine kalendermäßige "Bestimmung" in diesem Sinne sein soll, weil die "Bestimmung" auf vertraglicher Vereinbarung beruhen müsse.¹⁷ Dass gegen diese h.M. durchschlagende Bedenken bestehen, steht auf einem anderen Blatt und wird Gegenstand der unten (Ziff II.) folgenden Ausführungen sein.

5. Verbindung von Fälligestellung und Mahnung

a) Die von der h.M. vertretene Unzulässigkeit der einseitigen Fristsetzung zur Verzugsbegründung wird im Ergebnis dadurch kompensiert, dass es nach wiederum h.M. zulässig ist, die Handlung, die zur Fälligestellung der Leistung führt, mit einer Mahnung zu verbinden.¹⁸ Diese Verbindung wird mit der durchaus richtigen Erwägung zugelassen, dass es eine sinnlose Förmerei wäre, vom Gläubiger zu erwarten, dass er beispielsweise zwei Briefe schreibt (zunächst die Mitteilung, die zur Fälligkeit der Forderung führt und sodann die Mahnung) und dem Schuldner erst den einen Brief und dann den zweiten überreicht. Mit der dogmatischen Konstruktion der Verbindung von Fälligestellung und Mahnung lässt sich also ein fristbewehrtes Nachbesserungsverlangen als Mahnung verstehen, die mit der - die Nachbesserungspflicht konkretisierenden und dadurch deren Fälligkeit bewirkenden - Aufforderung zur Mängelbeseitigung verbunden wird.

b) Wann tritt nach dieser Konstruktion der Verzug des Unternehmers ein? Nach dem Gesetz gerät der Schuldner "durch die Mahnung" in Verzug, also im Zeitpunkt ihres Zugangs, nicht etwa erst nach Ablauf einer Nachfrist. Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, in der Mahnung überhaupt noch eine Vornahmefrist zu setzen. Andererseits aber tritt Verzug nur dann ein, wenn der Schuldner "auf die Mahnung nicht leistet". Der Zeitpunkt der "Nichtleistung" ist nur dann leicht festzustellen, wenn es beispielsweise um die Zahlung von Geld geht, denn dafür ist nur eine einzige sofort durchführbare Handlung erforderlich. Schwieriger ist die Feststellung der "Nichtleistung" aber bei vielfältigen und komplexen Bauarbeiten, die möglicherweise auch noch Vorarbeiten und bestellerseits eine Mitwirkung erfordern. Hier kann man nur auf einen objektiven, oder besser: wertenden Maßstab abstellen. Peters schreibt dazu zutreffend, der Unternehmer dürfe ab dem Zugang der Mahnung über die Nachbesserung nicht mehr frei disponieren, sondern müsse sie in angemessener Frist beginnen und zügig durchführen.¹⁹ Mit fruchtlosem Ablauf der "angemessenen Frist" ist der Unternehmer ohne weiteres in Verzug. Die Abschätzung, welche Frist im konkreten Fall "angemessenen" ist, fällt zwar in den Risikobereich des Bestellers - erst danach ist er ja zur Ersatzvornahme berechtigt -, aber das liegt in der Natur der Sache begründet und ist nicht zu ändern. Nach Ablauf der Frist ist eine (weitere) Mahnung jedenfalls ebenso entbehrlich wie die Setzung einer (weiteren) Vornahmefrist, weil der Unternehmer sich mit Fristablauf ja ohnehin bereits in Verzug befindet. Die Fristsetzung des Bestellers in seinem Nachbesserungsverlangen ist also dann, wenn man dieses Nachbesserungsverlangen zugleich als Mahnung

11 Urt. v. 03.11.1989 - V ZR 57/88 -, NJW 1990, 901.

12 Staudinger/Peters, § 633, Rn. 198; BGHZ 46, 242 = NJW 1967, 389 = JR 1967, 259; BGHZ 50, 160 = NJW 1968, 1524 = LM § 4 VOB/B Nr. 3; Ingenstau/Korbion, 13. Aufl. 1996, § 13 VOB/B, Rn. 524 f.

13 Werner/Pastor (Rn. 3), Rn. 1583; Locher, Das private Baurecht, 6. Aufl. 1996, Rn. 34.

14 Bei Werner/Pastor (Fn. 3) ist ausdrücklich zu lesen: "Zur Begründung des Verzugs reicht jedenfalls eine Aufforderung des Bauherrn aus, die Arbeiten zu erbringen" (Rn. 1588). Entsprechend heißt es unter Rn. 1548: "Das Nachbesserungsrecht wird i. d. R. erlöschen, wenn der Unternehmer die ihm gesetzte Frist zur Nachbesserung verstreichen lässt."

15 12 U 169/93, NJW-RR 1996, 272.

16 Die zweite (verzugsbegründende) Aufforderung erfolgte zwar noch innerhalb der Frist, die in der ersten Aufforderung gesetzt worden war. Das schadet aber nichts, da die erste Aufforderung jedenfalls auch den Zweck hatte, die Nachbesserungspflicht zu konkretisieren (vgl. dazu oben im Text unter 2) und somit deren Fälligkeit herbeizuführen. Der Nachbesserungsanspruch des Bestellers war daher fällig und konnte anschließend verzugsbegründend angemahnt werden.

17 Palandt/Heinrichs (Rn. 5), § 284 BGB, Rn. 22.

18 Vgl. statt aller Huber (Fn. 5), § 17 III 3 mit Hinweis auf BGH WM 1970, 1141.

19 Staudinger/Peters, aaO. (Fn. 1), Rn. 198. Ebenso MüKo/Soergel, 3. Aufl. 1997, § 633 BGB, Rn. 143. Nach MüKo-Walchshöfer, 2. Aufl. 1985, § 284, Rn. 36 wird der Ablauf einer angemessenen Frist in den Fällen der Verbindung von Fälligestellung und Mahnung von Treu und Glauben gem. § 242 BGB gefordert.

qualifiziert, für den Verzug nicht konstitutiv, sondern hat nur den Zweck, dem Unternehmer vor Augen zu führen, welchen Zeitraum der Besteller für die Aufnahme bzw. den Abschluss der Mängelbeseitigungsarbeiten für angemessen hält.

c) Mit der vorstehend dargestellten dogmatischen Konstruktion lässt sich also die dem Besteller vielfach empfohlene Vorgehensweise - den Mangel abzumahnern und nach angemessener ("doppelter" oder einfacher) Frist die Ersatzvornahme einzuleiten - begründen, ohne dass man zur Rechtfertigung noch auf die Unzuverlässigkeit des Unternehmers Bezug nehmen müsste. Für den Besteller ist damit aber nur scheinbar alles in Ordnung. Denn es bleibt sowohl ein praktisches als auch ein dogmatisches Problem.

Das praktische Problem besteht darin, dass die Rechtsprechung schon zu der allgemeinen Frage der Zulässigkeit der Verbindung von Fälligkeit und Mahnung ausgesprochen spärlich ist.²⁰ Zu der hier interessierenden konkreten Frage, ob der Unternehmer schon durch das Mängelbeseitigungsverlangen des Bestellers alleine in Verzug gerät, gibt es aber überhaupt noch keine eindeutige gerichtliche Entscheidung; das wurde oben Ziff. 3 bereits erwähnt. Im Gegenteil lässt das oben (Ziff. 2 mit Fn. 11) zitierte Urteil des BGH vom 3.11.1989 eher auf die Notwendigkeit als auf die Entbehrlichkeit einer nachfolgenden Mahnung schließen, weil es darin heißt, dass der Schuldner erst *nach* der Mängelanzeige (und der dadurch bewirkten Fälligkeit der Nachbesserungspflicht) in Verzug gesetzt werden könne (nicht etwa: in Verzug "gerate"). Davon, dass die Mängelanzeige zugleich als Mahnung interpretiert werden könnte, so dass Verzug ohne weiteres nach Ablauf einer angemessenen Frist eintritt, ist nicht die Rede.

Auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung kann also keineswegs mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass der Besteller auf eine *nachfolgende* Mahnung verzichten kann.

Das dogmatische Problem besteht darin, dass die Qualifizierung des Nachbesserungsverlangens als Mahnung, die mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden wird, eine bloße und unbefriedigende Hilfskonstruktion ist. Diese Konstruktion ist nur deshalb erforderlich, weil man nicht erkennt, dass der Unternehmer auch ohne Mahnung in Verzug gerät, wenn er dem Nachbesserungsverlangen des Bestellers innerhalb einer von diesem gesetzten angemessenen Frist nicht nachkommt.

Die unter II. folgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, durch eine gesicherte historische und teleologische Auslegung des Gesetzes den Boden für eine interessengerechte und für die Beteiligten eindeutige und verständliche Rechtsprechung im Sinne der bisher schon üblichen Empfehlungen der Literatur zu bereiten, die es dem Besteller nicht zumutet, den Unternehmer, der nach Ablauf einer angemessenen Frist der Aufforderung zur Mängelbeseitigung nicht nachgekommen ist, auch noch mahnen zu müssen.

6. Zwischenergebnis

Das Ersatzvornahmerecht bzw. der Kostenvorschussanspruch des Bestellers gem. § 633 Abs. 3 BGB hat unbestrittenermaßen eine hohe praktische Bedeutung. Die entscheidende Frage aber, wann der Unternehmer im Verzug mit der Mängelbeseitigung und der Besteller deshalb zur Ersatzvornahme berechtigt ist, wird in der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung gleichwohl nur mit einer gewissen Unschärfe beantwortet. Weil nach h.M. eine einseitige Fristsetzung durch den Gläubiger keine kalendermäßige Bestimmung i.S.v. § 284 Abs. 2 BGB sein soll, kann der Besteller auf eine dem Mängelbeseitigungsverlangen nachfolgende Mahnung nur dann verzichten, wenn man das Mängelbeseitigungsverlangen nicht nur als die die Fälligkeit der Nachbesserungspflicht bewirkende Handlung, sondern zugleich als deren Mahnung ansieht. Von der Rechtsprechung ist diese Frage bislang nicht eindeutig entschieden worden. Will man in der baurechtlichen Praxis also den sichersten Weg wählen, kann man entgegen der üblichen Empfehlungen nicht davon ausgehen, dass für das Entstehen des Ersatzvornahmerechts des § 633 Abs. 3 BGB *ein* Mängelbeseitigungsverlangen (ob mit einfacher oder "doppelter" Fristsetzung) genügt, sondern muss eine Mahnung folgen lassen.

II. Die Zulässigkeit der einseitigen Fristsetzung und das bisherige Missverständnis bei der Auslegung der §§ 633 Abs. 3, 284 Abs. 2 BGB

1. Das Erfordernis der Mahnung als unpraktikable Förmelerei

Dem Rechtsgefühl dürfte es als geradezu intuitives Bedürfnis erscheinen, dem Besteller das Ersatzvornahmerecht schon dann zu geben, wenn der Unternehmer auf eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung nach angemessener Zeit schlichtweg nicht reagiert hat. Eine Mahnung erscheint als überflüssige Förmelerei und Zumutung. Die Qualifizierung des Mängelbeseitigungsverlangens als gleichzeitige Mahnung ist eine Hilfskonstruktion zur Vermeidung dieser Förmelerei. Dass diese unsichere Rechtslage zulasten des Bestellers vom Gesetz vorgegeben sein soll, will schon auf den ersten Blick fraglich erscheinen.

Erscheint die Rechtslage - wie hier - widersprüchlich und praxisuntauglich, sind prinzipiell zwei Erklärungen denkbar: Entweder liegt ein (inhaltlicher oder redaktioneller) Fehler des Gesetzgebers vor oder ein Missverständnis des Gesetzesanwenders. Dass hier Letzteres der Fall ist, soll im Folgenden anhand der Gesetzesentstehungsgeschichte belegt werden. Tatsächlich ist es nämlich so, dass die gesetzlichen Bestimmungen über den Schuldnerverzug gem. § 284 Abs. 2 bzw. über das Ersatzvornahmerecht gem. § 633 Abs. 3 BGB entgegen der heute h.M. auf der Prämisse beruhen, dass bereits der Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Frist den Verzug des Schuldners begründet.

2. Die Entstehungsgeschichte des § 633 Abs. 3 BGB

a) Die erste Kommission zur Ausarbeitung des BGB hatte in ihrem Entwurf²¹ ein Ersatzvornahmerecht des Bestellers zur Mängelbeseitigung nicht vorgesehen. Das wurde in dem "Gutachten aus dem Anwaltsstande über die 1. Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuches"²² als unzulänglich kritisiert. *Hachenburg* führte in diesem Gutachten zutreffend aus, dass dem Besteller mit Rücktritt oder Minderung häufig nicht gedient sei und forderte:

"Hier wäre ihm, neben dem Rechte auf Minderung und Rücktritt, zu gestatten, die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Übernehmers, *wenn dieser sie nicht innerhalb bestimmter Frist besorgt*, vornehmen zu lassen."²³

Diese Forderung wurde in den Beratungen der Vorkommission des Reichsjustizamtes²⁴ aufgegriffen. *Struckmann* stellte in der 77. Sitzung der Vorkommission am 12.04.1892 den Antrag, als Absätze 2 und 3 des § 569 (im 1. Entwurf die Vorgängernorm des heutigen § 633 BGB) Folgendes zu beschließen:

(2) Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller zunächst von dem Übernehmer verlangen, dass dieser *binnen einer ihm von dem Besteller zu bestimmenden angemessenen Frist* den Mangel beseitige, sofern nicht die Beseitigung mit unverhältnismäßigem Aufwande verbunden sein würde.

(3) Wird der Mangel von dem Übernehmer nicht *binnen der Frist* beseitigt, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels durch einen Dritten vornehmen lassen und von dem Übernehmer Ersatz der aufgewendeten Kosten verlangen.²⁵

20 Vgl. oben Fn. 18.

21 Das war der sog. 1. Entwurf (E I).

22 Herausgegeben im Auftrage des Deutschen Anwalt-Vereins, Berlin 1890.

23 Gutachten (s. Vornote), S. 153 f; Hervorheb. v. Verf. Vgl. auch den Hinweis auf *Hachenburg* in der "Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches", gefertigt im Reichsjustizamt, Band II (Schuldverhältnisse), 1890 (Neudruck Osnabrück 1967).

24 Die Existenz dieser Vorkommission ist noch nicht lange bekannt. Ihr Anliegen war es, vor der Revision des 1. Entwurfes (deren Ergebnis der "2. Entwurf" des BGB) war, eine Verständigung zwischen den größeren Bundesregierungen über die Grundfragen herbeizuführen. Die Vorkommission des Reichsjustizamtes und die 2. Kommission tagten praktisch parallel zu einander, wobei die Beschlüsse der Vorkommission von den Reichskommissaren als Anträge in die Beratungen der 2. Kommission eingebracht wurden (Einzelheiten bei Schubert, in: *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Band 1 (Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978), S. 50 ff).

25 Protokolle der Vorkommission des Reichsjustizamtes bei *Jakobs/Schubert*, (s. Vornote), Bd. 3, 2. Teilband (§§ 433-651), 1980, S. 854; Hervorheb. v. Verf..

Der Antrag *Struckmanns* wurde von der Vorkommission mit einer lediglich geringfügigen Modifizierung beschlossen. Das Erfordernis der Fristsetzung in Abs. 2 hielt man nämlich für überflüssig. Man war der Ansicht, "dass der Besteller schlechthin Beseitigung des Mangels verlangen kann, ohne eine Frist bestimmen zu müssen". Die Fristbestimmung sei nur für die Rechte des Bestellers auf Wandlung und Minderung von Bedeutung.²⁶ Es wurde somit die heute in § 633 Abs. 1 und Abs. 2 BGB enthaltene Regelung beschlossen, wonach der Besteller schlechthin und ohne Fristsetzung die Beseitigung eines Mangels verlangen kann. Mit dem "neu hinzugefügten" Selbsthilferecht in Abs. 3 des *Struckmann'schen* Antrages war man unter Hinweis auf eine vergleichbare Bestimmung bei der Sachmiete (dem § 514 Abs. 3 E I, auf den sogleich noch einzugehen sein wird) einverstanden. Jedoch wurde der Antrag *Struckmanns* auch insoweit nicht unverändert beschlossen, sondern mit folgendem, dem heutigen § 633 Abs. 3 BGB weitgehend entsprechenden Wortlaut:

Ist der Übernehmer mit der Beseitigung des Mangels *im Verzuge*, so kann der Besteller sie bewirken und von dem Übernehmer den Ersatz der dazu erforderlich gewesenenen Kosten verlangen.²⁷

Der Unterschied zum Antrag von *Struckmann* besteht darin, dass das Selbsthilferecht in der Beschlussfassung der Vorkommission nicht mehr den *Ablauf* einer vom Besteller gesetzten *Frist*, sondern den *Verzug* des Unternehmers (in den Entwürfen noch "Übernehmer" genannt) mit der Mängelbeseitigung zur Voraussetzung hat.

Beabsichtigte die Vorkommission eine inhaltliche Änderung bzw. eine Erschwerung der Voraussetzungen für das Entstehen des Ersatzvornahmerechts gegenüber dem Antrag von *Struckmann*? Dagegen spricht schon, dass keine Begründung für die von der Kommission beschlossene Fassung protokolliert wurde. Wenn aber inhaltliche Änderungen von den Anträgen beschlossen wurden, ging den Beschlüssen regelmäßig eine - protokollierte - Diskussion voraus.

Der Zusammenhang mit der vorangegangenen Änderung des Abs. 2 macht die geänderte Formulierung außerdem nachvollziehbar. Denn nachdem man beschlossen hatte, dass der Besteller auch *ohne* Fristsetzung Mängelbeseitigung verlangen könne, konnte man in der nachfolgenden Bestimmung über das Ersatzvornahmerecht nicht mehr auf "*die*" vom Besteller gesetzte Frist Bezug nehmen, wie es im *Struckmann'schen* Antrag der Fall gewesen war. Mit der Formulierung: "Ist der Übernehmer ... im Verzuge" sollte aber sachlich dasselbe wie zuvor bestimmt werden. Der Ablauf einer vom Besteller gesetzten Frist und der Verzug des Unternehmers sollten ein- und dasselbe sein.

b) Die von der Vorkommission des Reichsjustizamtes beschlossene Bestimmung über das Ersatzvornahmerecht des Bestellers - die, wie gesagt, sachlich bereits der heutigen Regelung entsprach - wurde von *Struckmann* als Antrag in die Beratungen der 2. Kommission eingebracht und ohne Gegenanträge beschlossen.²⁸ Auch später wurde sachlich nichts mehr geändert und das Ersatzvornahmerecht als § 633 Abs. 3 in das BGB aufgenommen. Den Beratungsprotokollen der 2. Kommission ist als Begründung für die (gegenüber dem 1. Entwurf neu eingeführte) Bestimmung lediglich der knappe Hinweis zu entnehmen, dass man damit einen dem § 514 Abs. 3 (E I) entsprechenden Zusatz zu Gunsten des Bestellers eingeführt habe.

Weil also das Ersatzvornahmerecht des Bestellers beim Werkvertrag dem § 514 Abs. 3 E I nachgebildet ist, an, muss sich auch aus den Materialien zu letzterer Bestimmung ergeben, ob dieses Recht schon bei Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Frist entsteht. Darum wird es im folgenden gehen.

c) § 514 E I²⁹ betraf das Ersatzvornahmerecht des Mieters bei Mangelhaftigkeit der Mietsache und lautete ganz ähnlich wie der heutige § 633 Abs. 3 BGB bei Mangelhaftigkeit des Werkes:

"Ist der Vermiether mit einer ihm obliegenden Vornahme einer Ausbesserung oder Einrichtung im Verzuge, so kann der Miether diese bewirken und Ersatz der dazu erforderlich gewesenenen Kosten von dem Vermiether verlangen."

Ausweislich der Protokolle der 1. Kommission war diese Bestimmung den Vorbildern des § 417 Abs. 2 des "Entwurfes eines

bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern" sowie des § 274, 1. Teil, 21. Titel des preussischen allgemeinen Landrechts entlehnt. In beiden Fällen genügte der Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Vornahmefrist zur Entstehung des Ersatzvornahmerechts. So hieß es in § 417 Abs. 2 des bayr. Entwurfes:

"Verzögert der Vermiether die ihm obliegenden Ausbesserungen *ungeachtet einer Anzeige des Miethers*, so kann dieser ... (Ersatzvornahmerecht)."³⁰

§ 274 I 21 preuss. ALR gab dem Mieter, der anstelle des Vermieters die Sache in Stand setzen liess, Aufwendungsersatz nach den Vorschriften der GoA. Nach dem Gesetzeswortlaut war noch nicht einmal der Ablauf einer Vornahmefrist erforderlich.

Wenn also im 1. Entwurf des BGB vom Verzug des Vermieters (mit der Mängelbeseitigung) die Rede war, wurde dabei offenbar vorausgesetzt, dass es hierfür genügte, wenn er die ihm obliegende Leistung (Mängelbeseitigung) nicht innerhalb der vom Mieter gesetzten Frist vornahm; denn nichts anderes stand in den Vorschriften des bayr. Entwurfes und des preuss. ALR, denen § 514 Abs. 3 E I nachgebildet war. Und weil § 633 Abs. 3 BGB dem § 514 Abs. 3 E I nachgebildet ist, gilt beim Ersatzvornahmerecht des Bestellers beim Werkvertrag nichts anderes.

3. Kalendermäßig bestimmte Frist und Schuldnerverzug gem. § 284 Abs. 2 BGB

a) Es ist nach dem Vorstehenden kaum noch verwunderlich, dass sich aus der Entstehungsgeschichte zu § 284 BGB ebenfalls ergibt, dass die eine Mahnung ersetzende "kalendermäßige Bestimmung" auch eine vom Gläubiger einseitig gesetzte Frist sein kann. Ausgangspunkt des Gesetzgebers bei der Regelung des Schuldnerverzugs im BGB war zunächst die seinerzeit geltende Rechtslage, also im Wesentlichen das gemeine Recht. Im gemeinen Recht war der Rechtssatz "dies interpellat pro homine" (der Tag mahnt anstelle des Menschen), wonach der Schuldner auch ohne Mahnung in Verzug gerät, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist, schlechthin anerkannt. Die Motive zum 1. Entwurf des BGB bemerken dazu, ob beruhe nicht nur auf positiver Rechtsvorschrift, sondern auch auf der Natur der Sache und auf lange und fest verwurzelter Rechtsüberzeugung.³¹ Streitig war im gemeinen Recht lediglich die auch hier interessierende Frage, ob dies "nur für den Fall *vertragsmäßiger* Festsetzung des Leistungstermines" gelte. Ausweislich der Motive verneinte der Gesetzgeber diese Frage, denn:

"Wenn der eigentliche Grund des Rechtssatzes darin liegt, dass durch die Zufügung der Zeitbestimmung die Leistungs- und

26 Protokolle, aaO. (s. Fn. 25), S. 856.

27 § 569 a E I-RJA, s. Jakobs/Schubert, aaO., S. 853.

28 Protokolle der 2. Kommission bei Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, S. 921.

29 Die Vorschrift wurde nicht in den 2. Entwurf (und somit auch nicht in das BGB) übernommen, obwohl die 2. Kommission sie zunächst beschlossen hatte (Protokolle bei Mugdan, 2. Band, S. 840). Offenbar hat die Redaktionskommission sie beseitigt, da sie im 1. Entwurf in der Fassung nach der Zustimmung der Redaktionskommission nicht mehr enthalten ist; Begründung oder Beratung hierzu ist nicht überliefert (s. Jakobs/Schubert, Bd. 3, 2. Teilband, S. 469).

30 Hervorheb. v. Verf.

31 Mugdan Band II, S. 31.

Erfüllungspflicht zu dieser Zeit festgestellt worden ist und der Schuldner hieraus schon die nötige Aufforderung, zu leisten, entnehmen muss, so liegt ein Grund zu solcher Beschränkung nicht vor.³²

Damit ist klar und deutlich gesagt, dass auch die einseitige kalendermäßige Fristsetzung durch den Gläubiger den Schuldner in Verzug setzen soll.

Ausdrücklich wurde ferner in den Beratungen der 1. Kommission festgehalten, dass die Rechtsregel "dies interpellat pro homine" nicht nur bei vertraglichen Leistungspflichten gelte, sondern auch bei solchen aus einem anderen Entstehungsgrunde.³³ Sie gilt also auch für die Nachbesserungspflicht des Werkunternehmers, die jedenfalls nicht direkt auf vertraglicher Vereinbarung beruht.³⁴ Tatsächlich kann die "Zufügung einer Zeitbestimmung" in letzterem Fall ja auch nur einseitig durch den Besteller erfolgen, weil die Nachbesserung als solche nicht vertraglich vereinbart wird. Auch in derartigen Fällen sollte also nach Ansicht der 1. Kommission der Schuldner ohne Mahnung in Verzug geraten, sofern er eine kalendermäßig bestimmte Frist des Gläubigers verstreichen liess. Hieran wurde im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nichts geändert. Allein diese Interpretation entspricht daher dem Willen des Gesetzgebers.

b) Es stellt sich nach alledem die Frage, wie es zu der heutigen gegenteiligen Ansicht der h.M. kommen konnte. Eine Antwort hierauf ist freilich nicht zu finden, weil diese "h.M." nirgendwo begründet wird. In der Kommentar- und Lehrbuchliteratur wird auf das Problem, was unter der "kalendermäßigen Bestimmung" i.S.v. § 284 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen ist, kaum eingegangen. Zitiert wird häufig lediglich die – so weit ersichtlich – *einzig* einschlägige gerichtliche Entscheidung, nämlich ein Urteil des LG Paderborn aus dem Jahr 1983. Darin wird aber auch nur apodiktisch das Ergebnis vertreten, dass die kalendermäßige Bestimmung auf vertraglicher Vereinbarung beruhen müsse.³⁵ Es bleibt also nur die auch andernorts nicht seltene Feststellung, dass manches, was für den Gesetzgeber noch selbstverständlich war und mitunter gerade deswegen nicht ausdrücklich positiviert wurde, später in Vergessenheit geriet oder in das Gegenteil verkehrt wurde, zumindest aber – wie auch vorliegend – einer großen Unsicherheit Platz gemacht hat. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass erst kürzlich Kritik an der h.M. laut geworden ist. Die Problematik des § 284 Abs. 2 BGB wurde nämlich 1995 in *Fahls* Aufsatz "Zur Zulässigkeit der einseitigen kalendermäßigen Bestimmung des Verzugszeitpunkts"³⁶ aufgegriffen. *Fahl* kommt in ausführlicher Begründung zu demselben Ergebnis wie hier.³⁷ Ihm geht es dabei beispielsweise um die Frage, ob der Verkäufer, der dem Käufer zusammen mit der Ware eine Rechnung mit kalendermäßig bestimmtem Zahlungsziel übersendet ("zahlbar bis zum ..."), nach Fristablauf Verzugszinsen verlangen kann (was *Fahl* entgegen der h.M. zutreffend bejaht). Auf das Ersatzvornahmerecht des Bestellers gem. § 633 Abs. 3 BGB, bei dem die Frage des Verzugs eine weit größere praktische Bedeutung hat (es geht ja nicht nur um Zinsen, sondern um die Kosten der Ersatzvornahme selbst), geht *Fahl* nicht ein. Gleichwohl hat die oben skizzierte Entstehungsgeschichte des § 633 Abs. 3 BGB die von *Fahl* zu § 284 Abs. 2 BGB vertretene These geradezu schlagend erhärtet.

4. Zusammenfassung

Die Ergebnisse der historischen Untersuchung der Verzugsregelung in § 284 Abs. 2 BGB und des Ersatzvornahmeregts in § 633 Abs. 3 BGB stützen sich gegenseitig. Bei § 633 Abs. 3 Unternehmers fiel auf, dass der Gesetzgeber diskussionslos die beantragte Formulierung, wonach das Ersatzvornahmerecht lediglich den Ablauf einer vom Besteller gesetzten Frist zur Voraussetzung hatte, durch die heutige Regelung ersetzte, die Verzug des Unternehmers verlangt. Entsprechend verhielt es sich bei dem (im BGB letztlich weggefallenen) Ersatzvornahmeregts des Mieters bei Mängeln der Mietsache. Dieser umstandslose Wechsel ist nur dann nachvollziehbar, wenn für den Gesetzgeber beide Formulierungen dasselbe bedeuteten. Genau dieses Ergebnis hat aber auch die Untersuchung des § 284 Abs. 2 BGB erbracht.

Bei historischer Auslegung des Gesetzes kann deshalb als sicher gelten, dass der Verzug des Schuldners gem. § 284 Abs. BGB auch bei Ablauf einer vom Gläubiger einseitig gesetzten Frist eintritt und dass nach Auffassung des Gesetzgebers der Besteller beim Werkvertrag mit Ablauf einer zur Nachbesserung gesetzten Frist zur Ersatzvornahme berechtigt ist.

III. Abschließende Würdigung

Allein die vorstehend dargestellte Rechtslage, wie sie dem Gesetzgeber vorschwebte, ist auch sinnvoll. Das gilt zunächst ganz allgemein für den Schuldnerverzug, was hier nicht näher ausgeführt werden soll.³⁸ Das gilt sodann konkret bei § 633 Abs. 3 BGB. Der Besteller will und muss innerhalb einer angemessenen Frist Klarheit darüber haben, ob der Unternehmer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung nachkommt oder nicht. Wenn die Frist fruchtlos abgelaufen ist, muss er zur Ersatzvornahme schreiten können. Nicht von ungefähr ist dies auch die Regelung in § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Tatsächlich hat der Unternehmer, der auf die Fristsetzung nicht reagiert, sich ja auch als unzuverlässig erwiesen. Es widerspricht dem Rechtsgefühl und den Erfordernissen der Praxis, dass hier noch eine Mahnung folgen soll. Es ist auch widersprüchlich, dass die tatbestandlichen Anforderungen der Ersatzvornahme mit dem Erfordernis der Mahnung höher sein sollen als die der Wandlung gem. § 634 Abs. 1 BGB, die der Besteller ja schon dann verlangen, wenn die durch ihn einmal und einseitig gesetzte Frist (mit Ablehnungsandrohung) verstrichen ist. Bei richtiger Auslegung des § 633 Abs. 3 bzw. des § 284 Abs. 2 entsprechend der hier vertretenen These entfällt auch dieser Widerspruch.

Fazit: Die historische und die teleologische Auslegung der §§ 284 Abs. 2 und 633 Abs. 3 BGB führen zu dem Ergebnis, dass der Unternehmer mit Ablauf einer vom Besteller gesetzten angemessenen Frist zur Mängelbeseitigung in Verzug gerät und der Besteller daraufhin ohne weiteres zur Ersatzvornahme auf Kosten des Unternehmers (bzw. zur Geltendmachung des entsprechenden Kostenvorschusses) berechtigt ist. Solange dieses Ergebnis aber in der Rechtsprechung noch nicht dezidiert anerkannt ist, ist dem Besteller bzw. dessen Rechtsanwalt zu raten, dem Mängelbeseitigungsverlangen des Bestellers im Normalfall (d.h. wenn nicht weitere Umstände dazu kommen, die zur Unzumutbarkeit der Nachbesserung durch den Unternehmer führen) nach angemessener Zeit eine Mahnung folgen zu lassen und erst nach Ablauf einer weiteren angemessenen Frist zur Leistung die Ersatzvornahme einzuleiten bzw. hierfür Kostenvorschuss geltend zu machen.

32 Motive aaO. (Vornote). Mit der "Beschränkung" waren die in den Motiven zuvor zitierten Ansichten gemeint, wonach der Rechtssatz ("dies interpellat pro homine") nur bei vertragsmäßiger Festlegung gelten solle. - Zu beachten ist freilich, dass die Motive – im Gegensatz zu den Beratungsprotokollen – nicht zwingend als authentische Interpretationsrichtlinie des Gesetzes (bzw. des 1. Entwurfes) gelten können, da sie eine von der Kommission nicht autorisierte und teilweise ergänzte Zusammenstellung der Begründungen der Vorentwürfe und der Beratungsprotokolle sind.

33 Protokolle der 1. Kommission bei Jakobs/Schubert, Band 3, 1. Teilband (§§ 241-432), 1983, S. 295.

34 Wenngleich sie dogmatisch zumindest dem Grunde nach mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch identisch ist.

35 LG Paderborn, MDR 1983, 225.

36 JZ 1995, 341 ff.

37 Wegen vieler Einzelheiten zur Auslegung des § 284 Abs. 2, die den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen würden, sei daher auf den Aufsatz von *Fahl* verwiesen.

38 Soweit es um die Bezahlung von Geldforderungen geht, hat der seit dem 1.5.2000 geltende neue Abs. 3 des § 284 BGB ohnehin eine völlig neue Rechtslage geschaffen. Danach gerät der Schuldner 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung in Verzug. Weil diese Regelung "abweichend von den Absätzen 1 und 2" des § 284 BGB gilt, soll offenbar nicht einmal eine Mahnung (oder eben eine kalendermäßige Fristsetzung durch den Gläubiger) zu einem früheren Zeitpunkt den Verzug begründen können."