

## **Aktuelle Entscheidung: OLG Koblenz, NZBau 2023, 381**

Von RA/Wirtschaftsmediator/Baumediator *Torsten Steinwachs*, geschäftl. Gesellschafter BMS

**Eine vor Begründung des Abrechnungsverhältnisses vorgenommene Fristsetzung muss nach dem Übergang in das Gewährleistungsstadium nicht wiederholt werden.**

**Der Besteller kann nach Fristablauf ohne Rechtsverlust zur Ersatzvornahme schreiten. Es ist für seine Mängelrechte unschädlich, wenn er erst anschließend ein Abrechnungsverhältnis begründet.**

Die auf den ersten Blick zu Ungunsten des Auftragnehmers und damit auch des Mängelbürgen judizierten Leitsätze des OLG Koblenz sind auf den zweiten Blick durchaus günstig für den Mängelbürgen. Auch das OLG Koblenz erkennt an, dass der Auftraggeber vor Ersatzvornahme und damit auch vor einer Inanspruchnahme des Mängelbürgen dem Auftragnehmer **eine Frist setzen muss, dass dieser die Mängel beseitigt**. Unterlässt er es, dann drohen dem Auftraggeber sämtliche Mängelgewährleistungsrechte zu entgleiten.

Im Insolvenzverfahren ist es keine bloße Frömmerei, auch den Insolvenzverwalter als Vertreter des Auftragnehmers aufzufordern, die Mängel zu beseitigen. Dies gilt insoweit bis der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO die Nichterfüllung des Vertrages gewählt hat. Nach der Erklärung der Nichterfüllung des Vertrages wäre eine Aufforderung nicht mehr möglich, auch nicht tunlich.

### **Auswirkungen für den Mängelavalbürgen:**

Das OLG Koblenz bestätigt, dass es einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf, um eine Ersatzvornahme für die Mängelbeseitigung wirksam vorzunehmen. Der Mängelbürge bzw. der Avalmanager hat tunlichst darauf zu achten, dass derartige Fristsetzungen auch ausgebracht worden sind. Auf das Sonderproblem der Aufforderung zur Mängelbeseitigung via E-Mail sei noch hingewiesen, dass es in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte streitig ist, ob diese wirksam per E-Mail ausgebracht werden können. Auch dieses hat der Mängelbürge bzw. der Avalmanager zu prüfen und in die Verhandlungen mit einzubringen.