

2017 | Ausgabe 7
01.03.2017

Update Baurecht: Gewährleistungsrechte erst nach Abnahme



KANZLEI KAMMER
Hamburger Str. 43
76829 Landau

Tel.: 06341 7006043
Fax: 06341 9380923
info@kanzlei-kammer.de

Werkvertragliche Mängelansprüche

- Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1 BGB iVm § 635 BGB;
- Aufwendungsersatzanspruch nach Ersatz-/Selbstvornahme gemäß § 634 Nr. 2 BGB iVm § 637 Abs. 1 BGB;
- Vorschussanspruch für die Kosten der Ersatz-/Selbstvornahme gemäß § 634 Nr. 2 BGB iVm § 637 Abs. 3 BGB;
- Rücktritt gemäß § 634 Nr. 3 BGB iVm §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB;
- Minderung gemäß § 634 Nr. 3 BGB iVm § 638 BGB;
- Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4 BGB iVm §§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB;
- Ersatz vergeblicher Aufwendungen gemäß § 634 Nr. 4 BGB iVm 284 BGB;
- Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 641 Abs. 3 BGB.

BGH, Urteil v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13

Mit seiner Entscheidung hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die gesetzlichen Gewährleistungsrechte aus § 634 BGB grundsätzlich erst **nach Abnahme** mit Erfolg geltend gemacht werden können.

Während der Herstellungsphase bis zur Abnahme bestehen lediglich Erfüllungsansprüche und Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts (z.B. Schadensersatz neben der Leistung und wegen Verzugs, Rücktritt oder Kündigung aus wichtigem Grund). Der Auftragnehmer kann hierbei grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch auf mangelfreie Herstellung erfüllt, trägt aber weiterhin die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks, hat keinen Anspruch auf Werklohn (gegebenenfalls kann er aber Abschlagszahlungen verlangen) und trägt die Beweislast für die mangelfreie Herstellung.

Für den Auftraggeber bedeutet dies:

- beim Vorliegen **wesentlicher Mängel** hat er die Wahl, die Abnahme zu verweigern und weiterhin die mangelfreie Herstellung des Werks zu verlangen oder das mangelhafte Werk (unter Vorbehalt) abzunehmen und die gesetzlichen Gewährleistungsrechte geltend zu machen.
- beim Vorliegen lediglich **unwesentlicher Mängel**, muss das Werk (unter Vorbehalt der vorliegenden unwesentlichen Mängel) abgenommen werden. Ihm stehen dann die gesetzlichen Gewährleistungsrechte nach § 643 BGB zu.

Ausnahme: Mängelrechte ohne Abnahme

Nur ausnahmsweise können Mängelrechte auch ohne vorherige Abnahme geltend gemacht werden, nämlich wenn

- die (Nach-)Erfüllung des Vertrages nicht verlangt werden kann und
- das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

Bietet der Unternehmer sein Werk als fertiggestellt zur Abnahme an und macht der Besteller wegen Mängeln Schadenersatz statt der Leistung oder eine Minderung des Werklohns geltend, bestehen diese Gewährleistungsrechte auch ohne Abnahme.

Anders sieht es hingegen aus, wenn der Besteller lediglich einen Vorschuss für die Beseitigung von Mängeln im Wege der Selbstvornahme verlangt. Dann kann seine Forderung nur Erfolg haben, wenn er das Werk entweder zuvor (gegebenenfalls unter Vorbehalt bestimmter Mängel) abgenommen hat oder er zugleich ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, auch dann nicht mehr mit dem Unternehmer zusammenarbeiten zu wollen, wenn die Selbstvornahme erfolgreich ist. Ansonsten kann auch nachdem bereits ein Vorschuss verlangt worden ist, weiterhin die Herstellung eines mangelfreien Werks verlangt werden. Gewährleistungsrechte bestehen jedoch (noch) nicht.

Abnahme

Nach der Abnahme hat der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Mangels. Liegen Mängel vor, sollten diese deshalb gut dokumentiert und bei der Abnahme ausdrücklich vorbehalten werden.

Mängelanzeige und Fristsetzung

Die Gewährleistungsrechte nach § 634 BGB setzen in der Regel die Anzeige der Mängel und die Setzung einer (angemessenen) Frist zu deren Beseitigung voraus. Die Fristsetzung ist nur in Ausnahmefällen entbehrlich (z.B. wenn der Auftragnehmer die Beseitigung der Mängel verweigert).

Joana Kammer

Rechtsanwältin | Fachanwältin für Arbeitsrecht