

[Dr. Stefan Althaus](#)

FACHANWALT FÜR
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

[Matthias Goede](#)

FACHANWALT FÜR
VERGABERECHT
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

[Cornelius Hartung](#)

FACHANWALT FÜR
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT
VERGABERECHT

[Dr. Alexander Herrmann](#)

FACHANWALT FÜR
VERGABERECHT

[Werner Koppmann](#)

[Dr. Franz Wagner](#)

Bearbeiter: Cornelius Hartung
Sekretariat: Andrea Klepal
Durchwahl: 089/767070-25
Aktenzeichen: 00098/19

München, den 19.04.2023

Seminar des Bauzentrums München Baurecht after work

am 26.04.2023

Abnahme und Mängelhaftung – ein rechtlicher Leitfadens – (unter Berücksichtigung der Reform des Bauvertragsrechts)

Referent:

RA Cornelius Hartung

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Mitglied des Netzwerkes Bau Kompetenz München (BKM)

GOEDE ALTHAUS RECHTSANWÄLTE
PARTNERSCHAFT mbB
AG MÜNCHEN | PR 1879

BRIENNER STRASSE 21 | 80333 MÜNCHEN
TEL. +49 (0)89 76 70 70-0 | FAX +49 (0)89 76 70 70-22
KANZLEI@GOEDE-ALTHAUS.DE
WWW.GOEDE-ALTHAUS.DE

STADTSPARKASSE MÜNCHEN
IBAN DE33 7015 0000 1005 4428 90 | BIC SSKMDEMM

Gliederung:

- I. Einführung**
- II. Der Begriff der Abnahme**
- III. Die Rechtsfolgen der Abnahme**
- IV. Die Arten der Abnahme**
- V. Die Befugnis / Bevollmächtigung zur Abnahme**
- VI. Die unberechtigte Verweigerung der Abnahme und deren Rechtsfolgen**
- VII. Der Mangelbegriff**
- VIII. Die Mängelansprüche**
- IX. Die Verjährung der Mängelansprüche**
- X. Die Reform des Bauvertragsrechts ab dem 01.01.2018**

I. Einführung

Bei jedem Bauvertrag kommt der Abnahme eine zentrale Bedeutung zu, da die Abnahme den Schlusspunkt auf die von dem Auftragnehmer zu erbringende Werkleistung setzt. Mit der Abnahme treten eine Reihe von Rechtsfolgen ein, so dass hierüber immer wieder heftig gestritten wird und die Abnahme Gegenstand vieler obergerichtlicher Entscheidungen ist. Hat ein Auftragnehmer seine werkvertraglich geschuldete Leistung fertig gestellt, d. h. vollendet, ist es stets begehrtes Ziel von ihm, seine Leistung auch vom Auftraggeber abgenommen zu bekommen. Dies deshalb, da von der Abnahme so wichtige Rechtsfolgen abhängen wie:

- Ende der Vorleistungspflicht,
- Umkehrung der Beweislast für behauptete Mängel,
- Beginn der Gewährleistungspflicht,
- Gefahrübergang und
- Fälligkeit der Schlusszahlung.

Wegen dieser wichtigen Rechtsfolgen spielt die Frage des Vorhandenseins der Abnahme in sehr vielen Bauprozessen eine außerordentlich wichtige und sehr häufig auch außerordentlich umstrittene Rolle.

II. Der Begriff der Abnahme

Umso erstaunlicher ist es, dass der Begriff der Abnahme weder im BGB noch in der VOB definiert bzw. im Einzelnen beschrieben ist.

In dem § 640 Abs. 1 BGB heißt es lediglich:

„Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.“

In § 12 VOB/B, der mit „Abnahme“ überschrieben ist, wird lediglich bestimmt, dass, wenn

„der Auftragnehmer nach der Fertigstellung ... die Abnahme der Leistung verlangt, sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen hat.“

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedeutet die Abnahme **die mit der körperlichen Hinnahme verbundene Billigung der fertig gestellten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht**. Die Abnahme besteht daher aus folgenden zwei Komponenten:

- In der körperlichen Entgegennahme der vom Auftragnehmer erbrachten Bauleistung und
- in der Anerkennung des Werks durch den Auftraggeber als vertragsgemäße Erfüllung.

Die Abnahme bei einem Bauvertrag erschöpft sich also im Gegensatz zum Kaufvertrag nicht nur in der körperlichen Entgegennahme des Leistungsgegenstandes als Erfüllung, sondern es muss darüber hinaus eine ausdrückliche oder stillschweigend erklärte Billigung des Auftraggebers vorliegen, dass er die fertig gestellte Leistung als vertragsgemäß billigt. Zum Streit kommt es immer wieder in den Fällen, in denen der Auftraggeber behauptet, nicht zu einer Abnahme verpflichtet zu sein.

1. Fertigstellung der Leistung als erste Voraussetzung der Abnahme

Bevor der Unternehmer die Abnahme seiner Leistung verlangen kann, muss er diese fertig gestellt, d. h. vollendet, haben. Diesbezüglich gibt es in der Baupraxis immer wieder Streit. So behauptet z. B. der Auftraggeber, dass das Bauwerk noch nicht fertig gestellt sei, da noch Mängel oder Restarbeiten vorhanden sind. Der Auftragnehmer dagegen ist der Auffassung, dass die behaupteten Mängel oder Restarbeiten nicht vorliegen und, wenn ja, diese für eine Abnahme unbeachtlich seien.

Nach § 640 Abs. 1 S. 2 BGB kann die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden. Auch nach § 12 Abs. 3 VOB/B kann die Abnahme bis zur Beseitigung nur wegen wesentlicher Mängel verweigert werden.

Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Bauleistung „funktionell“ fertig ist, d. h. sie muss ungehindert in den bestimmungsgemäßen Gebrauch übernommen werden

können. Fehlen also nur unbedeutende Leistungsteile oder liegen nur unwesentliche Mängel vor, ist dadurch eine ordnungsgemäße Abnahme der Gesamtleistung nicht ausgeschlossen.

Bei der Abgrenzung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Mangel wird man von folgenden Kriterien auszugehen haben:

- Umfang der Mangelbeseitigungsmaßnahmen, insbesondere Höhe der Mangelbeseitigungskosten,
- Auswirkung des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamterkleistung und
- Maß der Beeinträchtigung (Zumutbarkeitskriterium).

Praxishinweis/Leitfaden:

Bei dem Verlangen auf Abnahme hat der Auftragnehmer zu bedenken und zu beachten, dass er die Beweislast dafür trägt, dass seine Leistung ohne wesentliche Mängel ist. Gibt es zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber Streit hierüber, so empfiehlt es sich für den Auftragnehmer einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen zum Beweis für die Abnahmefähigkeit seiner Leistung herbeizuziehen. Hilfreich ist es auch, wenn der Auftragnehmer oder der Auftraggeber zum Beweis den Ist-Zustand mittels Fotos oder Video dokumentiert.

Beispiele für das Vorliegen eines wesentlichen Mangels sind:

a) Küchenboden-Gefälle

Hat ein Küchenboden ein Gefälle von dem Bodeneinlauf weg in Richtung auf eine mit Schränken versehene Wand, dann berechtigt dieser Mangel, auch wenn er mit geringen Kosten zu beheben ist, zur Verweigerung der Abnahme. Das in diesem Fall entscheidende Oberlandesgericht Hamm (NJW-RR 1989,1180) hat festgestellt, dass ein Estrichboden mit einem falschen Gefälle die Gebrauchstauglichkeit des gesamten Küchenraums in so beträchtlichem Umfang beeinträchtigt, dass eine Abnahmepflicht des Auftraggebers nicht besteht.

b) Dachziegelfall

Sind dagegen einzelne ungenügend befestigte Dachziegel einer Dacheindeckung vorhanden, deren Sanierung nicht mehr als € 250,00 kostet (bei einem Gesamtauftragsvolumen von € 30.000,00), so liegt nach einer weiteren Entscheidung des OLG Hamm kein wesentlicher Mangel vor und rechtfertigt daher keine Abnahmeverweigerung, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht in 3-facher (jetzt: 2-facher) Höhe der Sanierungskosten. Die in diesem Fall vier ganz bzw. teilweise abgerutschten Dachziegel haben nicht zu einer irgendwie gearteten Dachundichtigkeit geführt. Die Gebrauchstauglichkeit des Daches war daher nicht beeinträchtigt. Hinzu gekommen ist, dass zwischen der Verlegung der Dachziegel und dem Abschluss der betreffenden gerichtlichen Begutachtung mehr als 2 Jahre lagen.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel eines Bauwerks wesentlich und der Auftraggeber daher berechtigt ist die Abnahme zu verweigern, ist der Zeitpunkt des Abnahmetermins bzw. des Abnahmebegehrens maßgeblich.

2. Billigung der Leistung als zweite Voraussetzung der Abnahme

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen einer Abnahme ist die „*Billigung*“ der Leistung durch den Auftraggeber als im Wesentlichen vertragsgerecht.

Für diese Billigung des dem Auftraggeber übergebenen Werkes genügt ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, aus welchem der Auftragnehmer unzweideutig zu erkennen vermag, dass das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht angesehen wird, also das hergestellte Werk als die vertraglich geschuldete Leistung hingenommen wird.

Eine Abnahme und Billigung in diesem Sinne liegt daher nicht vor, wenn der Auftraggeber bei der Abnahmeverhandlung ausdrücklich nur eine „*vorläufige*“ Abnahme erklärt und sich ebenso ausdrücklich eine weitere Überprüfung und die „*endgültige*“ Abnahme nach Mangelbeseitigung vorbehält; dies ist der Sache nach eine Abnahmeverweigerung.

III. Die Rechtsfolgen der Abnahme

Die Abnahme hat folgende, für den Auftragnehmer meist günstige Rechtsfolgen:

- Ende der Vorausleistungspflicht des Auftragnehmers,
- Umkehr der Beweislast bei Mängeln,
- Gefahrübergang der zufälligen Beschädigung oder Zerstörung der Leistung (§ 644 Abs. 1 S. 1 BGB),
- Entfall der Schutzpflicht nach § 4 Abs. 5 VOB/B,
- Fälligkeit der Schlusszahlung (§ 641 Abs. 1 S. 1 BGB),
- Beginn der Verjährungsfrist der Mängelansprüche (§ 634 a Abs. 2 BGB und § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B),
- Verlust von Mängelansprüchen mangels Vorbehalt (§ 640 Abs. 2 BGB und § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B) und
- Verlust einer Vertragsstrafe mangels Vorbehalt (§ 341 Abs. 3 BGB und § 11 Abs. 4 VOB/B).

Die Beweislast für die Abnahme trägt derjenige, der sich darauf beruft. Dies ist in der Regel der Auftragnehmer wegen der für ihn günstigen Abnahmewirkungen.

Praxishinweis/Leitfaden:

Der Auftraggeber hat bei der Abnahme darauf zu achten, dass er sich wegen bekannter Mängel seine Mängelansprüche vorbehält. Anderenfalls verliert er seine Mängelansprüche bis auf den Schadenersatzanspruch, der jedoch von einem Verschulden des Auftragnehmers abhängt. Entsprechendes gilt für die Vertragsstrafe. Auch diese muss sich der Auftraggeber bei der Abnahme vorbehalten, um sie nicht zu verlieren!

IV. Die Arten der Abnahme

1. Erklärte Abnahme

Erklärte bzw. tatsächliche Abnahmen sind:

- ausdrückliche, formlose Abnahme (§ 640 Abs. 1 S. 1 BGB, § 12 Abs. 1 VOB/B),
- förmliche Abnahme (§ 12 Abs 4 VOB/B) und
- stillschweigende Abnahme (durch schlüssiges Verhalten).

Das BGB kennt eine förmliche Abnahme nicht. Eine solche hat jedoch gemäß § 12 Abs. 4 VOB/B stattzufinden, wenn sie von einer Vertragspartei verlangt wird und die VOB bei einem Bauvertrag vereinbart wurde. Hat eine Vertragspartei die förmliche Abnahme verlangt, so treten die Abnahmewirkungen nur dann ein, wenn allen Erfordernissen des § 12 Abs. 4 VOB/B genügt ist. Eine formlose Abnahme oder eine fiktive Abnahme scheiden aus.

Bei einer vereinbarten, förmlichen Abnahme kommt es nicht selten vor, dass die Bauvertragsparteien stillschweigend von der vereinbarten, förmlichen Abnahme durch schlüssiges Verhalten absehen. Ein einverständliches Absehen von förmlicher Abnahme hat der Bundesgerichtshof z. B. darin gesehen, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Schlussrechnung übersandte, ohne den Antrag auf förmliche Abnahme zu stellen und daraufhin der Auftraggeber seinerseits mehrere Monate lang den Wunsch nach förmlicher Abnahme nicht äußerte. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass der Auftraggeber grundsätzlich gehalten ist, einen förmlichen Abnahmetermin unverzüglich anzuberaumen, wenn

- die Parteien im Bauvertrag ausschließlich die förmliche Abnahme als zulässige Abnahmeform definiert haben und
- wenn der Auftragnehmer etwa durch Stellung der Schlussrechnung die Fertigstellung der Werkleistung mitgeteilt hat.

In einem solchen Fall verstößt es nach Auffassung des BGH gegen Treu und Glauben, wenn ein Bauherr die 12-Tages-Frist gemäß § 12 VOB/B ohne sachlichen Anlass verstreichen lässt und sich später auf das Nichtvorliegen einer vereinbarten förmlichen Abnahme beruft.

Eine stillschweigende Abnahme ist weder im BGB noch in der VOB geregelt. Sie unterscheidet sich von der fiktiven Abnahme dadurch, dass aus dem Verhalten des Auftraggebers die eindeutige Erklärung entnommen werden kann, er billige die er-

brachte Leistung als Vertragserfüllung. Es ist also ein Wille zur Abnahme feststellbar, der bei der fiktiven Abnahme fehlt. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme schließt eine stillschweigende Abnahme nicht aus, Ingenstau-Korbion, Rn. 16 zu § 12 Abs. 1 VOB/B.

Eine stillschweigende Abnahme durch schlüssiges Verhalten kann in folgenden Fällen angenommen werden:

- Der Auftraggeber besichtigt die fertig gestellte Leistung und nimmt sie dann ohne eindeutige Abnahmeverweigerung in Benutzung.
- Der Auftraggeber zahlt vorbehaltlos die vereinbarte Vergütung.
- Der Auftraggeber gibt eine vereinbarte Sicherheit frei.

Wegen § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann in der bloßen Benutzung der Leistung grundsätzlich noch keine stillschweigende Abnahme gesehen werden. Maßgebend ist, ob aus dem Verhalten des Auftraggebers geschlossen werden kann, dass er die Leistung in vollem Umfang billigt oder zumindest als im Wesentlichen vertragsgerecht betrachtet. Dafür ist Voraussetzung, dass er Gelegenheit hat, das Werk zu prüfen und zu bewerten. Dies setzt den Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist voraus. Nur dann kann erwartet werden, dass der Auftraggeber auf erkennbare Mängel hinweist. Reines Schweigen nach Einzug kann deshalb grundsätzlich nicht als Abnahme gewertet werden. Hinzukommen muss eine „*angemessene Prüfungsfrist*“.

Keine Abnahme durch schlüssiges Verhalten ist in folgenden Fällen anzunehmen:

- Einzug unter Zwang der Verhältnisse (z. B. bei Aufgabe der bisherigen Wohnung),
- Benutzung unter wirtschaftlichen Zwängen,
- Einzug oder Nutzung bei berechtigter Verweigerung der Abnahme,
- gemeinsames Aufmaß und
- Prüfvermerk des Auftraggebers oder seines Architekten unter der Schlussrechnung des Auftragnehmers.

Praxishinweis/Leitfaden:

Die stillschweigende Abnahme hat den Nachteil, dass die Voraussetzungen und der Zeitpunkt der Abnahme oft nicht eindeutig feststehen. Zwischen den Vertragsparteien ist deshalb die stillschweigende Abnahme häufig streitig und Ausgangspunkt und Ursache von Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang. Eine förmliche Abnahme hat dem gegenüber den Vorteil, dass der Zeitpunkt der Abnahme und deren Voraussetzungen feststehen. Es ist den Vertragsparteien deshalb zu empfehlen, Protokolle über die Abnahme zu führen. Diese sollten die ausdrückliche Erklärung enthalten, ob die Abnahme trotz der im Protokoll aufgeführten Mängel erklärt oder ob sie verweigert wird!

2. Fiktive Abnahme

Fiktive Abnahmen sind:

- wenn der Auftraggeber das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Auftragnehmer bestimmten, angemessenen Frist abnimmt (§ 640 Abs. 2 BGB),
- die Fertigstellungsabnahme (§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B) und
- die Nutzungsabnahme (§ 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B).

Voraussetzung für den Eintritt der Abnahmewirkung nach § 12 Abs. 5 VOB/B ist stets:

- Keine Partei hat eine Abnahme verlangt.
- Der Auftraggeber darf die Abnahme nicht ausdrücklich verweigert haben.
- Eine förmliche Abnahme ist ausdrücklich nicht vereinbart worden oder der Auftraggeber hat darauf verzichtet oder die Berufung auf die förmliche Abnahme ist ein Verstoß gegen Treu und Glauben.
- Die Bauleistung muss im Wesentlichen fertig gestellt, also abnahmefertig sein.
- Der Vertrag darf noch nicht gekündigt sein.

Die Besonderheit der fiktiven Abnahme bzw. fingierten Annahme liegt darin, dass der Auftraggeber nicht den Willen hat bzw. haben muss, die Bauleistung abzunehmen, sondern dass unter gewissen Voraussetzungen und Kriterien die Rechtshandlung einer Abnahme als Geschehen betrachtet wird.

Praxishinweis/Leitfaden:

Der Auftragnehmer sollte nach Fertigstellung der Leistung dem Auftraggeber in jedem Fall eine schriftliche Fertigstellungsmitteilung gem. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B zuleiten, um in Zweifelsfällen einen möglichst frühen Anknüpfungspunkt für die Abnahme zu schaffen. Der Auftraggeber kann dies nur dadurch verhindern, dass er innerhalb der 12-Tagesfrist die Abnahme verweigert oder die förmliche Abnahme fordert.

3. Teilabnahme

Nach § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB sind auch Teilabnahmen möglich. Eine Pflicht hierzu besteht – im Gegensatz zu § 12 Abs. 2 VOB/B – jedoch nicht. Vielmehr bedarf es insoweit der **ausdrücklichen Vereinbarung** der Bauvertragsparteien.

Gem. § 12 Abs. 2 VOB/B sind in sich geschlossene Teile der Leistung auf Verlangen besonders abzunehmen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist notwendige Voraussetzung einer Teilabnahme, dass die Teilleistung in sich funktionsfähig ist. Die Rechtsprechung hat eine Teilabnahme zugelassen bei:

- der abnahmereifen Fertigstellung eines von mehreren zu errichtenden Häuser,
- einer fertig gestellten Heizungsanlage, auch wenn der Auftragnehmer auf Grund desselben Auftrages die sanitären Einrichtungen zu installieren hat,
- dem Erwerb von Wohnungseigentum hinsichtlich Sonder- und Gemeinschaftseigentum als gesondert selbstständige Leistungsteile.

Keine Teilabnahme kommt in Betracht für die Abnahme einzelner Teile eines Rohbaus, wie z. B. einzelne Betondecken oder einzelne Geschosse eines mehrstöckigen Bauwerkes.

Nach § 650s BGB kann der Architekt ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmen eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

Praxishinweis/Leitfaden:

Um Streit zwischen den Vertragsparteien zu vermeiden, was eine „in sich abgeschlossene Bauleistung“ ist, die zur Abnahme gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B berechtigt, sollte schon bei Vertragsabschluss daran gedacht werden, echte Teilabnahmen nach der Fertigstellung konkreter Einzelleistungen detailliert zu vereinbaren.

V. Die Befugnis/Bevollmächtigung zur Abnahme

1. Abnahme durch den Architekten/Bauleiter

In allen Fällen in denen von der Auftraggeberseite bei der Erstellung des Bauwerks ein Architekt bzw. ein Architekturbüro mit beauftragt worden ist, ist stets fraglich, inwieweit der Architekt kraft seines Architektenvertrages ohne zusätzliche Bevollmächtigung zur rechtsgeschäftlichen Abnahme für den Auftraggeber bevollmächtigt ist. Der Architekt ist gemäß § 33 Nr. 8 HOAI i. V. m. der Anlage 11 HOAI (2009) im Rahmen der Leistungsphase 8 „Objektüberwachung“ verpflichtet auch „die Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich Beteiligter und der Feststellung von Mängeln“ bzw. § 34 Abs. 4 i. V. m. der Anlage 10 Nr. 10.1, Leistungsphase 8, k (HOAI 2021): „... die Organisation der Abnahme der Bauleistungen unter Mitwirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich beteiligter, Feststellung von Mängeln, Abnahmeempfehlungen für den Auftraggeber ...“ durchzuführen. Diese Bestimmung enthält jedoch keine Bevollmächtigung des Architekten, im Namen des Auftraggebers eine Abnahme zu vollziehen. Dem Architekten ist nach dem Architektenvertrag in der Regel lediglich die Betreuung des Bauherrn in technischer Hinsicht übertragen worden, nicht aber die Befugnis, für ihn alle damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte vorzunehmen.

Praxishinweis/Leitfaden:

Nimmt daher der Architekt des Auftraggebers die Abnahme der Werkleistung des Auftragnehmers vor, so sollte sich der Auftragnehmer bei dem Auftraggeber versichern, dass der Architekt hierzu bevollmächtigt ist. Im Zweifel sollte der Auftragnehmer auf eine Abnahme durch den Auftraggeber selbst bestehen!

2. Abnahme durch den örtlichen Bauleiter der Gemeinde

Gemeindliche Bauvorhaben werden meist für die Gemeinde von deren Bauleiter abgenommen. Nachdem in kommunal-rechtlichen Vorschriften häufig gewisse Formvorschriften für Erklärungen der Gemeinde vorgesehen sind, stellt sich die Frage, inwieweit Abnahmeerklärungen örtlicher Bauleiter für die Gemeinde, die ohne Beachtung dieser kommunal-rechtlichen Vorschriften abgegeben worden sind, rechtlich wirksam werden können.

Der BGH hat hierzu entschieden, dass die Abnahmeerklärung eines von der Gemeinde hierzu bevollmächtigten Bauleiters nicht an diese Formvorschriften gebunden und damit rechtswirksam ist.

Die Abnahmeerklärung eines örtlichen Bauleiters für eine Gemeinde ist aber nur dann rechtswirksam, wenn dieser auch von der Gemeinde zur Abgabe der Abnahmeerklärung bevollmächtigt war. Da dies für einen Außenstehenden nicht ohne weiteres erkennbar ist, sollte ein Abnahmeverlangen an die Gemeinde selbst und nicht etwa an den Bauleiter persönlich gerichtet werden. In diesem Fall muss sich die Gemeinde die Abnahmeerklärung des Bauleiters deshalb zurechnen lassen, weil dieser dann zumindest eine sog. Anscheinsvollmacht der Gemeinde hatte.

Praxishinweis/Leitfaden:

Bei einem gemeindlichen Bauvorhaben sollte der Auftragnehmer daher sein Abnahmeverlangen stets direkt an die Gemeinde und nicht den Bauleiter persönlich adressieren!

3. Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Sonder- und Gemeinschaftseigentum müssen vom Käufer abgenommen werden.

Sonder- und Gemeinschaftseigentum können von dem Käufer in einem Zug, also gleichzeitig, abgenommen werden.

Nimmt der Käufer seine Wohnung, also das Sondereigentum, ab, liegt darin nicht zugleich eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Es hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ob in der Abnahme des Sondereigentums zugleich auch eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums gesehen werden kann. Bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums war früher jahrelang umstritten, wann es insgesamt abgenommen ist und wer es abzunehmen hat. Der BGH hat im Jahre 1995 klargestellt, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums nur von den einzelnen Käufern vorgenommen werden kann und die Abnahme auch nur für ihn Folgen hat und grds. nicht für die übrigen Erwerber gilt. Dies hat folgende, weitreichende Konsequenzen:

- Haben die Käufer das gemeinschaftliche Eigentum zu verschiedenen Zeiten abgenommen, sind Mängelansprüche erst verjährt, wenn für den letzten Käufer Verjährungseintritt erfolgt ist!
- Sind die Mängelansprüche eines Käufers noch nicht verjährt, so kann dieser die mangelfreie Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums, also die ganze Leistung, verlangen. Sein Anspruch wird in seinem Umfang nicht davon berührt, inwieweit die anderen Käufer ihre entsprechenden Ansprüche noch durchsetzen können oder diese aber bereits verjährt sind.
- Abnahmeklauseln, die von diesem gesetzlichen Leitbild abweichen, sind in der Regel unwirksam.
- Ohne eine besondere Ermächtigung ist ein Verwalter zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht befugt!

Praxishinweis/Leitfaden:

Um einen einheitlichen Beginn und ein einheitliches Ende der Gewährleistungsdauer herbeizuführen, sollte sich der Auftragnehmer bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums von sämtlichen Käufern das Abnahmeprotokoll unterschreiben oder aber eine Bevollmächtigung des Verwalters zeigen lassen.

VI. Die unberechtigte Verweigerung der Abnahme und deren Rechtsfolgen

Wie oben unter **II.1.** bereits vorgetragen, kann die Abnahme vom Auftraggeber **nur wegen wesentlicher Mängel** bis zur Beseitigung verweigert werden. Wesentliche Mängel wurden von der Rechtsprechung z. B. bejaht bei:

- Ein Küchenboden hat ein Gefälle vom Bodeneinlauf weg in Richtung auf eine mit Schränken versehene Wand, auch wenn der Mangel mit geringen Kosten zu beheben ist.
- 16 % der verlegten Fliesen weisen farblich unzulässige Abweichungen auf.
- Ein in einem Ladenlokal verlegter Betonwerksteinboden ist trotz Nachbearbeitung offenporig und schwer zu reinigen und fleckig verschmutzt.
- Fehlende Konstruktionsunterlagen, Revisionspläne und Bestandsaufnahmen.

Keine wesentlichen Mängel liegen vor bei:

- Vier ganz bzw. teilweise abgenutzte Dachziegel, wodurch weder eine Dachundichtigkeit mit Feuchtigkeitsschäden eingetreten, noch ernsthaft zu befürchten ist und Nachbesserungskosten von Euro 250,00 in Relation zur Schlussrechnung in Höhe von Euro 30.000,00 anfallen werden.
- Unebenheiten geringeren Umfangs eines Treppenpodestes, die nur eine verhältnismäßig kleine und abgelegene Fläche betreffen und mit geringem Zeit- und Kostenaufwand zu beseitigen sind.
- Mangelbeseitigungskosten in Höhe von ca. Euro 1.500,00 stellen bei einem Gesamtauftragsvolumen von Euro 4.250.000,00 eine äußerst geringfügige Beeinträchtigung der Interessenlage des Auftraggebers dar.

Verweigert der Auftraggeber in den zuletzt genannten Fällen unberechtigter Weise die Abnahme, so treten Abnahmewirkungen auch ohne Abnahme ein. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass es auf die Abnahme nicht ankommen kann, wenn der Auftraggeber die Erfüllung des Vertrages endgültig verweigert. Die Abnahmewirkungen treten mit der Erklärung der Erfüllungsverweigerung ein. In einem solchen Fall rechtsmissbräuchlicher Verweigerung der Abnahme kann der Auftragnehmer auch ohne Abnahme daher sofort auf Zahlung der Vergütung klagen. In jedem Falle ist aber dem Auftragnehmer zu raten dem Auftraggeber bei der Verweigerung der Abnahme gemäß § 640 Abs. 2 BGB eine angemessene Frist zur Abnahme zu setzen und den Ist-Zustand seiner Bauleistungen nach Ablauf der Frist genau zu dokumentieren.

Praxishinweis/Leitfaden:

Der Auftraggeber sollte sich daher genau überlegen, ob er tatsächlich die Abnahme verweigert. Befindet er sich mit der Abnahme im Schuldnerverzug, so kann der Auftragnehmer auf dessen Kosten einen Sachverständigen damit beauftragen, die Abnahmefähigkeit seiner Leistung, also das Fehlen wesentlicher Mängel, festzustellen.

VII. Der Mangelbegriff

1. Erfolgshaftung

Unter Mängelhaftung/Gewährleistung ist die Verpflichtung des Auftragnehmers zu verstehen, für die ordnungsgemäße und vertragsgerechte Erfüllung seiner Leistungspflichten aus dem Bauvertrag einzustehen. Hierbei geht es also um die mangelfreie Erbringung der Bauleistung noch über die Abnahme hinaus unter Zugrundelegung der für den jeweiligen Einzelfall maßgebenden vertraglichen Vereinbarung. Im Gegensatz zu einem Dienstvertrag, der zeitorientiert ist, ist der Werkvertrag (= Bauvertrag) erfolgsorientiert. Dies ergibt sich aus § 631 Abs. 2 BGB, in dem es wortwörtlich heißt:

„Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“

Der Auftragnehmer schuldet damit den Erfolg, d. h. die ordnungsgemäße und vertragsgerechte Erfüllung = mangelfreie Bauleistung, ohne Rücksicht auf ein Verschulden. Liegt somit ein Baumangel vor, hat hierfür der Auftragnehmer Gewähr zu leisten, auch wenn dieser Mangel ohne jegliches Verschulden des Auftragnehmers entstanden ist.

2. Mangelbegriff

Nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB liegt ein Mangel dann vor:

„Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. *wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst*
2. *für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann."*

Nach § 13 Abs. 1 VOB liegt ein Mangel dann vor:

„Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln

- a) *wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst*
- b) *für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann."*

Der Mangelbegriff im BGB wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 01.01.2002 neu eingeführt. Der neue Sachmangelbegriff betont den subjektiven Fehlerbegriff, wonach ein Werk nur noch „frei von Sachmängeln ist, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat". Auf eine Beeinträchtigung des Wertes oder der Tauglichkeit der Sache kommt es nicht mehr an. Die vereinbarte Beschaffenheit wird in der Regel durch das Leistungsverzeichnis und die Baupläne bestimmt. Im Gegensatz zur VOB werden im BGB die **anerkannten Regeln der Technik** nicht gesondert erwähnt. Der Gesetzgeber ist in seiner Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass die anerkannten Regeln der Technik unzweifelhaft einzuhalten sind, so dass eine ausdrückliche Erwähnung deshalb keinen Nutzen bringt. Die DIN-Normen geben den Mindeststandard der allgemein anerkannten Regeln der Technik wieder, können aber auch hinter die allgemeinen Regeln der Technik zurückbleiben. Dies z. B. dann wenn die DIN-Norm bereits veraltet und überholt ist, jedoch noch nicht erneuert wurde. Ob ein Mangel vorliegt ist in der Regel durch einen Sachverständigen zu beurteilen. Dieser hat zu überprüfen, ob die Ist-Beschaffenheit der Soll-Beschaffenheit des Leistungsverzeichnisses/der Pläne entspricht und ob die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden.

3. Beispielsfälle aus der Rechtsprechung

a) Einbau von unerprobtem Material

Verlegt ein Heizungsbauer für eine Fußbodenheizung erst vor Kurzem auf dem Markt gekommene Rohre aus einem neuen Kunststoff, so ist seine Leistung mangelhaft (OLG Koblenz). Die Leistung des Heizungsbauers entspricht nicht den anerkannten Regeln der Technik, da die Verarbeitung neuer, noch unerprobter Baustoffe oder Bauteile aufgrund der fehlenden Bewährung des Materials in der Praxis eine Ungewissheit über die mit der Verwendung verbundenen Risiken bestehen. Eine anerkannte Regel der Technik kann es für die verwendeten Rohre aus dem neuen Kunststoff noch nicht geben. Die Ungewissheit dessen, ob diese sich in der Praxis bewähren, muss der Auftraggeber nicht hinnehmen.

b) Abweichung von Herstellerempfehlungen oder Richtlinien

Der Auftragnehmer dichtet bei einem Altbau die Kelleraußenwand gegen drückendes Wasser mit einer Bitumen Acrylatabdichtung ab. Trotz dieser Art von Abdichtung ist weiterhin Feuchtigkeit im Keller vorhanden. Der Hersteller der Abdichtung hat das Produkt nur für Neubauten empfohlen. Das Oberlandesgericht Schleswig geht schon davon aus, dass aufgrund der konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung, die Durchfeuchtungserscheinungen zu beseitigen, ein Mangel nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt. Unabhängig hiervon nimmt das Oberlandesgericht schließlich jedoch auch einen Mangel nach § 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB an, da sich die aufgetragene Abdichtung nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werks erwarten kann. Der Mangel ist begründet, da die Abweichung von der Herstellervorschrift eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs nach sich zieht. Hiermit muss sich der Auftraggeber nicht zufriedengeben.

c) Abweichung vom vereinbarten Fabrikat

Der Auftragnehmer baut entgegen dem Leistungsverzeichnis Rollläden und Jalousien eines anderen Fabrikats ein. Der Auftraggeber verlangt den Ausbau dieser Rollläden und Jalousien und den Einbau der ausgeschriebenen Fabrikate. Der Auftragnehmer lehnt dies ab, da die eingebauten Rollläden und Jalousien gleichwertig und sogar besser seien. Das Oberlandesgericht Stuttgart gibt dem Auftraggeber Recht. Die eingebauten Rollläden und Jalousien weichen von dem ausgeschriebenen Fabrikat ab. Nach dem Mangelbegriff der VOB/B führt die Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit zur Mangelhaftigkeit der Leistung. Das Oberlandesgericht bewertet aber die Aufforderung des Auftraggebers die Rollläden und Jalousien auszutauschen als treuwidrig, § 242 BGB. Der Auftraggeber würde lediglich auf seine formale Rechtsposition beharren, ohne schützenwertes Interesse. Hierbei handelt es sich sicherlich um einen Ausnahmefall der nicht verallgemeinert werden kann.

4. Beweislast für das Vorhandensein von Mängeln

Hierbei sind 3 Stufen zu beachten:

- a) **Bis zur Abnahme** hat der Auftragnehmer zu beweisen, dass er seine vertraglich geschuldete Bauleistung ordnungsgemäß und mangelfrei erbracht hat. Dies bezieht sich vor allem auch auf die Frage der nachhaltigen Beseitigung von vor der Abnahme vorhandenen und gerügten Mängeln. Tritt z. B. Feuchtigkeit in den Keller ein, muss der Auftragnehmer beweisen, dass die von ihm vorgenommene Abdichtung ordnungsgemäß ist.
- b) **Mit der Abnahme** kehrt sich die Beweislast zu Lasten des Auftraggebers um. Macht der Auftraggeber dann einen Mängelanspruch gegen den Auftragnehmer geltend, so muss er diesem die Mangelhaftigkeit beweisen. Im Allgemeinen erfüllt hierbei der Auftraggeber seine Darlegungslast hinreichend, wenn er auf vorhandene Baumängel substantiiert hinweist und diese im Verantwortungsbereich der Unternehmerleistung liegen. Kommen allerdings für einen vorhandenen Mangel mehrere Unternehmer als Verursacher

in Betracht, muss der Auftraggeber auch darlegen und beweisen, dass die Ausführung des in Anspruch genommenen Auftragnehmers mangelhaft ist. Insofern reicht also die Rüge der „*Mangelperscheinung*“ alleine nicht aus.

- c) Der Auftragnehmer hat dann wiederum die Beweislast dafür, dass ein objektiv an seinem Gewerk vorhandener und feststehender Mangel ausnahmsweise nicht von ihm zu vertreten ist bzw. die objektiv vorhandene Pflichtverletzung nicht auf seine Leistung zurückzuführen ist.

VIII. Die Mängelansprüche

Bei einem mangelhaften Werk kann der Auftraggeber nach dem BGB (§ 634) und der VOB (§ 13)

- Nacherfüllung verlangen,
- den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (Selbstvornahme),
- von dem Vertrag zurücktreten,
- die Vergütung mindern und
- Schadensersatz verlangen.

1. Nacherfüllung, § 634 Nr. 1 i. V. m. § 635 BGB und § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B

Die Nacherfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers besteht nicht nur darin, die eigene Bauleistung nachträglich in einen mangelfreien Zustand zu ersetzen, sie umfasst vielmehr auch die Verpflichtung, alle für die Nachbesserung erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen durchzuführen, sowie die Leistungen zu erbringen, die erforderlich sind, um das Gesamtbauwerk nach durchgeführter Nachbesserung wieder in den Zustand zu bringen, der vor dem Nachbesserungseingriff des Auftragnehmers bestanden hat. Der Auftragnehmer hat deshalb nicht nur die betreffenden Mängelbeseitigungsaufwendungen zu tragen sondern insbesondere auch Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, im Zusammenhang mit der Nachbesserung notwendigerweise anfallende Maurer-, Putz-, Maler-, Reinigungs- und Architektenarbeiten zu tragen. Ferner auch die durch die Nachbesserung entstehenden Nebenarbeiten wie Aufspüren der Schadensstelle, Freilegen der Leckstellen der Rohre

durch Entfernen der Isolierung, Verfüllen des Rohrgrabens, Verdichten des Erdreichs und Wiederherstellung der im Zuge der Mängelbeseitigung aufgerissenen Straßendecke. Der Auftragnehmer schuldet ferner auch den Ersatz der vom Auftraggeber vorgenommenen eigenen Aufwendungen, z. B. Telefongespräche mit Handwerkern etc.

In welcher Weise der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung vornimmt, ist seine Sache. Dem Auftraggeber kommt nicht das Recht zu, die Art und Weise der Nacherfüllung zu bestimmen. Der Nacherfüllungsanspruch gibt dem Auftraggeber zusätzlich das Recht, gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben (Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB). Dem Auftraggeber steht insofern gemäß § 641 Abs. 3 BGB in der Regel ein Zurückbehaltungsrecht in 2-facher Höhe der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten zu. Das **Recht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung** erlischt, wenn er nicht innerhalb der vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Nachfrist die Mängelbehebung durchführt. Nach Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung entsteht das Recht des Auftraggebers zur Selbstvornahme/Ersatzvornahme, so dass der Auftragnehmer kein eigenes Nachbesserungsrecht mehr hat. Dem Auftraggeber steht es aber frei, ob er einer nach Fristablauf erklärten Nachbesserungsbereitschaft des Auftragnehmers zustimmt oder nicht.

Praxishinweis/Leitfaden:

Dem Auftraggeber ist zu empfehlen, bei Vorhandensein eines Mangels dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung zu setzen. Nach Ablauf dieser Frist stehen dem Auftraggeber die Mängelansprüche zu und er kann entscheiden, ob er den Mangel selbst beseitigen lässt oder dem Auftragnehmer nochmals eine Chance zur Mängelbeseitigung gibt.

2. Selbstvornahmeanspruch/Ersatzvornahmeanspruch, § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 BGB und § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

Hat der Auftraggeber gemäß § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ein Selbsthilferecht auf Eigennachbesserung, kann er die hierbei anfallenden Kosten vom Auftragnehmer ersetzt verlangen. Dieser Kostenerstattungsanspruch des Auftraggebers ist kein Schadensersatzanspruch, sondern als Folge des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels dem Nacherfüllungsanspruch zuzuordnen.

Voraussetzung für einen solchen Ersatzvornahmekostenanspruch ist, dass der Auftragnehmer fruchtlos aufgefordert worden ist, innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beseitigen. Fehlt es an dieser Aufforderung mit Fristsetzung, **verliert der Auftraggeber seinen Anspruch auf Kostenerstattung.**

Dieser Verlust der Kostenerstattung durch den Auftraggeber ist darauf zurückzuführen, dass es nicht nur ein Recht des Auftraggebers auf Nachbesserung gibt, sondern auch ein Recht des Auftragnehmers, dass ihm die Nacherfüllung ermöglicht wird. Die Nacherfüllung ist deshalb nicht nur eine Verpflichtung des Auftragnehmers sondern für diesen auch ein Recht.

Die Aufforderung zur Mangelbeseitigung unter Fristsetzung ist nur dann entbehrlich, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn eine Mängelbeseitigung dem Auftraggeber nicht zumutbar ist. An diese Zumutbarkeit sind jedoch sehr hohe Anforderungen zu stellen.

Liegen die Voraussetzungen für eine Selbstvornahme vor, darf der Auftraggeber grundsätzlich dem bei der Nachbesserung eingeschalteten Drittunternehmer die Art der Nachbesserung überlassen – selbst wenn dadurch höhere Kosten entstehen. Der Auftragnehmer kann nicht einwenden, der Drittunternehmer habe so und nicht anders verfahren dürfen.

Der „säumige“ Auftragnehmer hat auch die Kosten fehlgeschlagener Sanierungsmaßnahmen zu tragen (BauR 74,61).

3. Kostenvorschussanspruch, § 637 Abs. 3 BGB

Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen, § 637 Abs. 3 BGB. Dies gilt auch bei Vorliegen eines VOB-Vertrages. Der Vorschussanspruch ist wie der Selbstvornahmeanspruch nicht dem Schadensersatzanspruch sondern dem Nacherfüllungsanspruch zuzuordnen. Der Vorschussanspruch setzt den Willen des Auftraggebers voraus, vorhandene Mängel tatsächlich zu beseitigen. Der Auftraggeber muss den erhaltenen Kostenvorschuss für die Mangelbeseitigung verwenden und im Anschluss hieran mit dem Auftragnehmer abrechnen. War der Kostenvorschuss zu hoch, so hat der Auftraggeber den überschießenden Teil an den Auftragnehmer

zurückzuerstatten. War der Kostenvorschuss zu niedrig, so muss der Auftragnehmer die tatsächlich entstandenen Kosten nachzahlen.

4. Anspruch auf Minderung, § 634 Nr. 3 i. V. m. § 638 BGB und § 13 Abs. 6 VOB/B

Der Minderungsanspruch steht sowohl bei einem BGB-Vertrag gemäß § 634 Nr. 3 i. V. m. § 638 BGB als auch bei einem VOB-Vertrag gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B ausschließlich dem Auftraggeber zu. Der Auftragnehmer hat kein eigenes Recht auf Minderung und kann insofern nicht im Klageweg durchsetzbar darauf bestehen, dass der Auftraggeber von seinem Minderungsrecht Gebrauch macht.

Im Rahmen der VOB kommt der Minderungsanspruch nur dann zum Zuge, wenn sich das Recht auf Nacherfüllung oder das auf Selbstvornahme nicht verwirklichen lässt. Insofern unterscheidet sich der Minderungsanspruch der VOB grundlegend vom Minderungsanspruch im BGB.

Nach § 13 Abs. 6 VOB/B gibt es 3 Möglichkeiten, unter denen dem Auftraggeber anstelle des Nacherfüllungsanspruches ein Recht auf Minderung der Vergütung des Auftragnehmers eingeräumt wird. Diese 3 Möglichkeiten sind:

- Die Beseitigung des Mangels ist unmöglich,
- sie würde einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird deshalb vom Auftragnehmer verweigert oder
- die Beseitigung des Mangels ist für den Auftraggeber unzumutbar.

Bzgl. der Höhe der Minderung sagt § 13 Abs. 6 VOB/B nichts aus. Es wird insofern lediglich auf § 638 BGB verwiesen. Danach ist bei der Minderung der Vergütung des Auftragnehmers diese in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.

Bei der Höhe des Minderungsanspruchs sind die Komponenten: Kosten der etwaigen Mängelbeseitigung und etwaiger verkehrsmäßiger und technischer Minderwert mit zu berücksichtigen. Für die Frage der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserungskosten kommt es nicht auf das Verhältnis dieser Kosten zu dem ursprünglichen Herstellungsaufwand an, sondern auf das Wertverhältnis zwischen dem zur Beseitigung des erforderlichen Aufwands und dem Vorteil, den die Mängelbeseitigung dem Auftraggeber gewährt. Das OLG Düsseldorf hat den Fall entschieden, bei

dem ca. 5 % bis 10 % der Schiefersteine einer zu verkleidenden Naturschieferfassade optische Beeinträchtigungen in Form von punktuellen Farbveränderungen und Einschlüssen von Eisenkarbonaten vorlagen, welche zwar die dauerhafte Haltbarkeit des Schiefergesteins als Fassade nicht beeinträchtigten, aber einen erkennbaren optischen Mangel darstellten. Aufgrund der Tatsache, dass eine neue Verschieferung der Fassade unverhältnismäßig aufwendig gewesen wäre, stellt es nach Auffassung des OLG Düsseldorf eine angemessene Quotelung dar, wenn der Sachverständige bei der Ermittlung des Minderwertes die Erstellungskosten einer Schieferfassade zu 60 % auf den technischen Wert und zu 40 % auf den optischen Wert der Fassade aufteilt und von letzterem einen Minderwert-Abschlag von 50 % vornimmt.

Eine **Minderung des Werklohns auf Null** setzt dagegen voraus, dass die Werkleistung für den Besteller gänzlich ohne Wert ist. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn die in Auftrag gegebene, im Wesentlichen auf Ästhetik zielende Restaurierung einer älteren Hausfassade völlig misslingt.

5. **Rücktritt, § 634 Nr. 4 i. V. m. § 636 BGB**

Bei einem VOB-Vertrag ist der Rücktritt, früher Wandelung (= Rückgängigmachung des Vertrages) ausgeschlossen. Zulässig ist der Rücktritt allerdings bei einem BGB-Vertrag gemäß § 634 Nr. 3 i. V. m. § 636 BGB. § 634 Nr. 3 BGB verweist für den Rücktritt auf § 323 BGB. Nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Der Auftraggeber kann also bei einem Baumangel nicht von dem Vertrag zurücktreten, wenn es sich nur um einen geringfügigen Mangel (= unerhebliche Pflichtverletzung) handelt. Ob eine Pflichtverletzung erheblich ist und damit zum Rücktritt berechtigt, richtet sich nach einer umfassenden Interessenabwägung. Von Bedeutung sind die Funktionsbeeinträchtigung durch den Mangel und die Mangelbeseitigungskosten. Die Rechtsprechung bejaht die Schwelle der Erheblichkeit bei Mangelbeseitigungskosten von 10 % bis 20 % der Auftragssumme.

Beispielsfall:

Der Auftragnehmer baut für den Auftraggeber eine Solaranlage mit Heizungsunterstützung und Wassererwärmung. Der Pauschalpreis beträgt € 18.122,62. Der Auftraggeber bezahlt € 9.000,00 und rügt nach Fertigstellung der Anlage insgesamt 6 Mängel. Nach dreifacher erfolgloser Aufforderung zur Mangelbeseitigung tritt der

Auftraggeber vom Vertrag zurück. Er verlangt Rückerstattung der geleisteten € 9.000,00 und Rückbau der Anlage. Das Oberlandesgericht Karlsruhe gibt dem Auftraggeber Recht. Die Mangelbeseitigungskosten liegen zwar mit ca. € 1.700,00 knapp unter 10 % des vereinbarten Pauschalpreises. Trotz dessen sieht das OLG Bamberg die Pflichtverletzung als erheblich an. Die Solaranlage konnte trotz mehrfacher Mängelrüge ein Jahr lang nur eingeschränkt genutzt werden. Ursache dieser Funktionsbeeinträchtigung war nicht nur ein einziger Mangel sondern mehrere Mängel.

6. Schadensersatzanspruch, § 634 Nr. 4 BGB i. V. m. § 636 BGB und § 13 Abs. 7 VOB/B

Bei dem BGB richtet sich der Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 3 BGB. Bei einem VOB-Vertrag ist Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung eines Schadens § 13 Abs. 7 VOB/B. Beide Schadensersatzansprüche unterscheiden sich in ihrer rechtlichen Ausgestaltung nicht unerheblich voneinander. Der Schadensersatzanspruch kann im BGB und in der VOB/B neben dem Nacherfüllungs- oder Minderungsanspruch geltend gemacht werden. Der Auftraggeber kann z. B. den Schaden ersetzt verlangen, der durch eine Nachbesserung des Baumangels oder eine Minderung der Vergütung des Auftragnehmers nicht ausgeglichen werden kann. Der Unterschied zwischen BGB und VOB/B liegt darin, dass § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB das Vorliegen eines wesentlichen Mangels bzw. einer erheblichen Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit voraussetzt.

a) **kleiner Schadensersatzanspruch, § 634 Nr. 4 i. V. m. § 281 Abs. 1 S. 1 BGB und § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B**

Der kleine Schadensersatzanspruch umfasst in der Regel Mängelschäden, also die Mangelbeseitigungskosten und den eingetretenen technischen oder/und merkantilen Minderwert.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 22.02.2018, VII ZR 46/17 ausgesprochen, dass der Auftraggeber, der das mangelhafte Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, seinen Schaden entgegen der bisherigen Rechtsprechung nicht mehr nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen kann. Dieser Auftraggeber kann den Schaden in der Weise bemessen, dass

er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Auftraggebers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt. Hat der Auftraggeber die Sache veräußert, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen wurde, so kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen.

Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B setzt der kleine Schadensersatzanspruch folgendes voraus:

- wesentlicher Baumangel, der die Gebrauchsfähigkeit der Bauleistung erheblich einschränkt, z. B. das Fehlen einer ausreichenden Dampfsperre oder Formaldehyd und Lindanausdünstungen,
- Schaden an der baulichen Anlage und
- Verschulden des Auftragnehmers.

b) **großer Schadensersatzanspruch, § 634 Nr. 4 i. V. m. § 281 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB und § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B**

Im BGB wird der große Schadensersatzanspruch mit „*Schadensersatz statt der ganzen Leistung*“ bezeichnet. Bei dem großen Schadensersatzanspruch steht im Grunde genommen die Rückabwicklung des Vertrages im Vordergrund. Das Bauwerk wird – soweit möglich – zurückgegeben und die Vergütung wird zusätzlich entstandener Mehrkosten zurückerstattet. Nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB kann Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangt werden, wenn die Pflichtverletzung und damit der Mangel erheblich ist. Bei Teilleistungen kann der große Schadensersatz nur verlangt werden, wenn der Auftraggeber „*an der Teilleistung kein Interesse hat*“, § 281 Abs. 1 S. 2 BGB.

Bei Vereinbarung der VOB müssen die besonderen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B vorliegen, also

- Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik,
- Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder
- versicherter oder versicherbarer Schaden.

Zum großen Schadensersatzanspruch zählen insbesondere Mietausfälle, Zinsverluste, Nutzungsausfall, Kosten für Zwischenkredite etc..

7. Mängelansprüche vor Abnahme

- a) Die Frage, ob dem Auftraggeber vor der Abnahme Mängelrechte im BGB-Werkvertrag zustehen, war lange Zeit umstritten. Der BGH hat die Frage bisher ausdrücklich offengelassen. In seinen drei Entscheidungen vom 19.01.2017 (VII ZR 235/15, VII ZR 301/13 und VII ZR 193/15) hat der Bundesgerichtshof diese Frage für den kleinen Schadensersatz, die Minderung und den Kostenvorschussanspruch wie folgt entschieden:

Für die Mängelrechte Minderung und Schadensersatz:

- 1. Der Besteller kann Rechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.**
- 2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Das ist jedenfalls der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertig gestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung erklärt.**
- 3. Die Minderung des Vergütungsanspruches nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.**

Diese Entscheidung (VII ZR 235/15) betrifft den Fall von Mängelrechten vor der Abnahme nach Fertigstellung der Bauarbeiten. Nach Auffassung des BGH kann der Auftraggeber die Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach der Abnahme geltend machen. Der Auftraggeber kann ausnahmsweise

Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend machen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftragnehmer das aus seiner Sicht fertige Werk zur Abnahme anbietet, der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, weil die verbleibenden Rechte des Bestellers damit ausschließlich auf Geld gerichtet sind. Der Auftraggeber macht mit seinem Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes nicht die Rückabwicklung des Vertrages geltend. Er will vielmehr das Bauwerk behalten und fordert mit dem Schadensersatz statt der Leistung unter Berücksichtigung der Minderung so gestellt zu werden, als hätte der Auftragnehmer das Werk frei von Mängeln hergestellt. Nach Auffassung des BGH ist der von dem Auftraggeber geltend gemachte Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes deshalb nicht in Hinblick auf die ebenfalls von dem Auftraggeber erklärte Minderung der Vergütung ausgeschlossen.

In dem vorliegenden Fall sah der BGH die Voraussetzungen für die geltend gemachten Mängelansprüche vor Abnahme in Form von Minderung und kleinen Schadenersatz als gegeben an. Der Auftragnehmer hat das aus seiner Sicht fertige Werk zur Abnahme angeboten und der Auftraggeber hat mit der Inanspruchnahme von Minderung und kleinem Schadenersatz das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergeleitet (Randnummer 46 des Urteils).

Für den Fall des Kostenvorschusses:

- 1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen. Die Interessen des Bestellers sind durch die ihm vor der Abnahme aufgrund des Allgemeinen Leistungsstörungenrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: Etwa Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, § 280 Abs. 2, § 286 BGB, Rücktritt nach § 323 BGB oder Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB.**

- 2. Der Besteller kann aber berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, d. h. weitere Arbeiten des Unternehmers am Werk unter keinen Umständen mehr zuzulassen.**

Auch in dem hier von dem BGH zu entscheidenden Fall (VII ZR 301/13) war der Auftragnehmer mit seinen Arbeiten wohl fertig. Der Auftraggeber beauftragte den Beklagten 2008 mit der Erneuerung der Fassade an zwei unter Denkmalschutz stehenden Gebäuden. Die Bauvertragsparteien vereinbarten, dass der Fassadenanstrich des einen Objektes mit einem Keim- oder Sikkenfarbenanstrich und die Fassade des anderen Objektes nach Abschluss der Verputzarbeiten mit einem Keimfarbenanstrich, Keim-Granital, erfolgen sollten. Der Beklagte führte die Arbeiten aus. Eine Abnahme der Arbeiten erfolgte nicht. Mit Schreiben vom 04.09.2009 rügte der Auftraggeber Mängel an beiden Objekten und setzte dem Auftragnehmer vergeblich eine Frist zur Mangelbeseitigung bis zum 30.09.2009. In dem selbständigen Beweisverfahren wurde festgestellt, dass die Fassaden nicht mit dem vereinbarten Material gestrichen wurden und dass das verwendete Material qualitativ nachteilig von dem vereinbarten Material abweicht. Der Sachverständige in dem selbständigen Beweisverfahren schätzte die Mangelbeseitigungskosten auf brutto € 28.917,00. Der Auftraggeber hat Klage erhoben und verlangt Kostenvorschuss und hilfsweise Schadensersatz. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben dem Auftraggeber Recht gegeben. Der Bundesgerichtshof hob die Entscheidung auf und verwies die Sache zur weiteren Sachaufklärung zurück, da nach Auffassung des BGH die Feststellungen des Berufungsgerichts für die Voraussetzungen eines Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnisses nicht vorlagen. Der BGH konnte

den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entnehmen, dass der Besteller zum Ausdruck gebracht hätte, weitere Arbeiten des Auftragnehmers an der Fassade unter keinen Umständen mehr zuzulassen.

Es ist zu begrüßen, dass der BGH sich in seinen drei Entscheidungen zu den Mängelrechten vor Abnahme geäußert hat. Es bleiben jedoch nach wie vor viele Fragen offen. So hat der BGH die drei Fälle für Bauvorhaben entschieden, bei welchem bereits die Bauarbeiten fertig gestellt waren. Ob der Auftraggeber auch während der Bauausführung, also vor Fertigstellung, Minderung oder Kostenvorschuss verlangen kann, bleibt völlig offen. Fraglich ist auch, wann die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt, wohl mit Beginn des Abrechnungsverhältnisses, vgl. BGH, IBR 2003, 4, BGH, IBR 2009, 277, OLG München, Beschluss vom 26.08.2015 = IBR 2017, 134.

- b) Im Gegensatz zum BGB sieht die VOB in § 4 Abs. 7 die Möglichkeit vor, dass der Auftraggeber schon vor der Abnahme Mängelansprüche geltend machen kann:

„Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3).“

Praxishinweis/Leitfaden:

Der Auftraggeber muss vor Abnahme daran denken, dass er dem Auftragnehmer z. B. vor einer Selbstvornahme die Kündigung des Auftrags androht und anschließend auch die Kündigung erklärt.

8. Leitfaden/Anforderungen an eine ordnungsgemäße Mängelrüge durch den Auftraggeber

a) genaue Bezeichnung des Mangels

Der Auftraggeber muss bei einer Mängelrüge den Baumangel so genau bezeichnen, dass der in Anspruch genommene Auftragnehmer weiß, was ihm vorgeworfen wird und was von ihm als Abhilfe erwartet wird. Dabei muss die äußere Erscheinungsform des Mangels nach Art (z. B. Feuchtigkeit) und Lage (z. B. Westgiebel) hinreichend dargetan werden. Auf die Mangelursache braucht mit keinem Wort eingegangen werden (vgl. die „Symptom-Rechtsprechung des BGH). Die Kenntnis und damit die Benennung der technischen Mängelursache bzw. der Gründe ihrer Entstehung wird von dem Auftraggeber grundsätzlich nicht vorausgesetzt.

Die Rechtsprechung überspannt die Anforderungen an die Substantiierung der Mängelrüge nicht. So hat es der Bundesgerichtshof für ausreichend angesehen, wenn der Auftraggeber unter Beweisantritt behauptet, *„dass ein Teil einer Heizungsanlage nicht warm oder nicht ausreichend warm wird.“*

b) Schriftform

Nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B ist die Mängelrüge (das Nachbesserungsverlangen) schriftlich zu stellen. Nach § 635 Abs. 1 BGB ist für einen BGB-Vertrag eine Schriftform nicht vorgeschrieben. Nach herrschender Meinung genügt auch bei einem Anspruch nach § 13 Abs. 5 BGB die mündliche Mangelbeseitigungsaufforderung des Auftraggebers, da die Pflicht des Auftragnehmers zur Nachbesserung nicht von der Einhaltung der Schriftform des Mangelbeseitigungsverlangens durch den Auftraggeber abhängig ist. Zu beachten ist aber, dass die Schriftform des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B für die in § 13 Abs. 4 VOB/B geregelte Verjährungsfrist von entscheidender Bedeutung. Insofern ist die Einhaltung der Schriftform von rechtsbegründender Bedeutung zur Unterbrechung der Verjährungsfrist.

Praxishinweis/Leitfaden:

Dem Auftraggeber ist zu empfehlen, den Mangel hinsichtlich Art und Lage so genau wie möglich zu beschreiben und gegenüber dem Auftragnehmer schriftlich zu rügen.

9. Befreiung des Auftragnehmers von seiner Gewährleistungsverpflichtung gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B

In § 13 Abs. 3 VOB/B ist eine Regelung geschaffen worden, die den Auftragnehmer unter bestimmten Voraussetzungen von der Gewährleistung befreit und das Risiko der mangelfreien Leistungsausführung ausnahmsweise dem Auftraggeber zuweist. Voraussetzung für diese Haftungsbefreiung des Auftragnehmers ist, dass der Baumangel auf Vorgänge zurückzuführen ist, die aus dem in dieser Bestimmung genannten Bereich des Auftraggebers stammen. Bei folgenden 3 Sachverhaltskomplexen aus dem Bereich des Auftraggebers ist der Auftragnehmer bei Vorliegen eines Mangels von der Gewährleistungsverpflichtung befreit, nämlich wenn ein Mangel zurückzuführen ist auf

- die (vom AG aufgestellte) Leistungsbeschreibung oder auf sonstige Anordnungen des Auftraggebers,
- die vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder
- die Beschaffenheit der Vorleistungen anderer Auftragnehmer.

In dem Werkvertragsrecht des BGB gibt es keine diesem § 13 Abs. 3 VOB/B entsprechende ausdrückliche Regelung über die Befreiung des Auftragnehmers von seiner Gewährleistungspflicht. Es handelt sich hier jedoch um einen dem Zivilvertragsrecht inne wohnenden allgemein gültigen Grundsatz, der nach Treu und Glauben auch für die nach dem BGB ausgerichteten Bauverträge Gültigkeit hat.

a) Mangel der Leistungsbeschreibung

Hierbei muss es sich um eine vom Auftraggeber bzw. dessen Architekten aufgestellte Leistungsbeschreibung handeln, die zum Gegenstand des Bauvertrages gemacht worden ist. In der ausgestellten Leistungsbeschreibung muss hierbei das Verlangen des Auftraggebers zu einer bestimmten Ausführung klargestellt sein. Eine Haftungsbefreiung nach Absatz 3 scheidet regelmäßig aus, wenn die Bestimmung des Leistungsinhalts durch gemeinsame Erörterung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ohne dessen hinreichenden Vorbehalt erfolgt ist.

b) Mangel durch Anordnung des Auftraggebers

Der Begriff der „Anordnung“ ist von der bloßen Äußerung von Wünschen durch den Auftraggeber zu unterscheiden. Wünsche des Bauherrn und auch nur bloße Vorschläge stellen noch keine Anordnungen im Sinne dieser Bestimmung dar.

Eine Anordnung liegt vielmehr erst vor, wenn der Auftraggeber seinen Willen im Sinne einer für den Auftragnehmer übersehbaren Bestimmtheit und mit dem erforderlichen Nachdruck zum Ausdruck verleiht und zwar durch eine *„keine Wahl lassende eindeutige Aufforderung, eine Baumaßnahme in bestimmter Weise auszuführen“* (vgl. BGH).

c) Mangel durch vom Auftraggeber gelieferte oder vorgeschriebene Stoffe oder der Bauteile

Der Auftragnehmer ist von der Gewährleistung befreit, wenn der Mangel der Leistung auf Stoffe oder Bauteile zurückzuführen ist, die vom Auftraggeber geliefert oder vorgeschrieben sind.

Das Vorschreiben wird im Allgemeinen schon in der Leistungsbeschreibung erfolgen, es kann aber auch noch nach Vertragsabschluss geschehen, insbesondere durch Anordnungen des Auftraggebers oder eines seiner für ihn bevollmächtigten Vertreter.

Das bloße Einverständnis des Auftraggebers mit einem bestimmten Baustoff oder Bauteil, wie z. B. hinsichtlich einer bestimmten Bestellnummer, Farbe oder einer bestimmten Bezugsquelle genügt alleine noch nicht für ein „*Vorschreiben*“ im Sinne dieser Bestimmung.

Der Auftraggeber muss ganz bestimmte Baustoffe, Bauteile oder Bezugsquellen ohne Ausweichmöglichkeit für den Auftragnehmer vorgeschrieben haben. Die Forderung nach einem Werkstoff als solchen (z. B. Hartfaserplatten, Zement, Schieferdeckung usw.) reicht daher im Allgemeinen nicht aus. Die Voraussetzungen sind allerdings in der Regel gegeben, wenn im Leistungsverzeichnis eine ganz bestimmte Materialmarke oder ein für sich allein stehendes Fabrikat oder eine bestimmte Bezugsquelle ganz deutlich und ohne Einschränkung verlangt wird.

Beispiele:

In einer Ausschreibung eines Auftraggebers sind folgende Positionen enthalten:

1. Erstellen von Kellerwänden aus Hohlblocksteinen,
2. Dacheindeckung aus Flachdachpfannen, braun engobiert der Ziegelei J,
3. Verlegung von Fliesen, die sich der Auftraggeber nach seinem Geschmack bei der vom Auftragnehmer ausgewählten Fliesenhandlung A. aussucht.

Das OLG Stuttgart (BauR 89,475) hat zum Beispielsfall 1 entschieden, dass ein „*Vorschreiben*“ nicht schon in jeder allgemein gehaltenen Kennzeichnung von Materialien liege, aus denen der Auftraggeber das Bauwerk hergestellt haben möchte. Es entspreche der Regel, dass in jeder Baubeschreibung auch die Baustoffe angegeben werden, aus denen das Bauwerk erstellt werden soll, so wie das im Beispielsfall 1 geschehen ist. Eine solche generelle Kennzeichnung des Materials bewirke deshalb keinen Ausschluss der Haftung nach § 13 Abs. 3 VOB/B. Etwas anderes gilt für den Beispielsfall 2. Hier hat der Auftraggeber den Baustoff eines bestimmten Herstellers vorgeschrieben. Im Beispielsfall 3 dagegen führt die Ausschreibung nicht zu einem Gewährleistungsausschluss für den Auftragnehmer.

d) Mangel durch Vorleistungen anderer Unternehmer

Der insoweit verwendete Begriff der Vorleistung bezieht sich auf Vorarbeiten eines anderen, am gleichen Objekt tätigen Unternehmers, wozu auch benannte Eigenleistungen des Auftraggebers gehören. Die Vorleistung muss mangelhaft sein und die Folgen dieser Mangelhaftigkeit müssen sich auf die spätere Leistung des Auftragnehmers in dem Sinne übertragen, dass diese dadurch selbst mangelhaft wird (z. B. mangelhaftes Betonfundament des Vorunternehmers, auf das von einem anderen Auftragnehmer ein Mauerwerk aufgebracht werden soll).

e) Beweislast

Die Beweislast dafür, dass einer dieser Tatbestände für eine Haftungsbefreiung aus der Gewährleistungsverpflichtung vorliegt, liegt beim Auftragnehmer, da dieser sich von seiner grundsätzlichen Gewährleistungsverpflichtung zu befreien hat.

f) Entfall der Haftungsbefreiung, wenn der Auftragnehmer seine Mitteilungsverpflichtung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B verletzt

Wenn der Mangel der Leistung seine Ursache im Verantwortungsbereich des Auftraggebers oder in dem eines Vorunternehmers hat, tritt zwar gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B grundsätzlich die Freistellung des Auftragnehmers von jeglicher Gewährleistung ein, dies aber nur dann, wenn nicht auch der Auftragnehmer durch eine eigene Vertragswidrigkeit zum Mangel mit beigetragen hat. Eine solche Vertragswidrigkeit ist dem Auftragnehmer dann anzulasten, wenn er – wie es im letzten Halbsatz des § 13 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich heißt – seine ihm in § 4 Abs. 3 VOB/B niedergelegte Mitteilungspflicht verletzt. Auf diese Mitteilungspflicht bzw. Bedenkenmitteilung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B ist im nächsten Kapitel einzugehen.

10. Die Verletzung der Mitteilungspflicht von Bedenken gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B

a) Gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B ist der Auftragnehmer verpflichtet und nach einheitlicher Meinung in der Rechtsprechung auch bei einem BGB-Vertrag gegenüber dem Auftraggeber Bedenken anzumelden, wenn er solche gegen

- die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren),
- die Güte oder vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder
- die Leistungen anderer Unternehmer hat.

b) Bei allen Bedenkenmitteilungen des § 4 Abs. 3 VOB/B sind stets folgende fünf Prüfungspunkte zu beachten:

- muss der Auftragnehmer überhaupt Bedenken haben, bzw. hat er eine Prüfungspflicht,
- in welcher Frist,
- in welcher Form,
- gegenüber welchem Adressaten und
- mit welchem Inhalt hat er ggf. Bedenken anzumelden?

c) Prüfungspflicht

Der Auftragnehmer hat die vertragliche Nebenpflicht, sowohl die Anordnungen des Auftraggebers als auch die vorgeschriebenen Baustoffe als auch die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers auf ihre Geeignetheit hin zu überprüfen. Tut er dies nicht, befolgt er erteilte Anordnungen vielmehr blindlings bzw. legt er die Vorleistungen eines anderen Unternehmers unbeschleunigt seiner eigenen Werkleistung zugrunde, wird damit die eigene Verhaltensweise des Auftragnehmers ursächlich für den später eingetretenen Baumangel, so dass der Auftragnehmer für diesen voll gewährleistungspflichtig ist. Somit ist anerkannt, dass das „Bedenkenhaben“ im Sinne von § 4 Abs. 3 VOB/B stets eine Prüfungspflicht des Auftragnehmers voraussetzt! Wer keine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung hat, solche aber hätte haben können und müssen, ist ebenso zu behandeln, wie

derjenige, der Bedenken hat, diese aber nicht mitteilt! Die Prüfungspflicht hat ihre Grenzen dort, wo die vom Auftragnehmer zu verlangende Fachkenntnis objektiv hierzu nicht mehr ausreicht. Bzgl. des **Umfangs der Prüfungspflicht** ist zusammenfassend auf Folgendes hinzuweisen:

- Die Tatsache, dass der Auftraggeber selbst sachkundig ist oder die Bauplanung/-leitung in den Händen eines fachkundigen Architekten liegt, enthebt den Auftragnehmer nicht von seiner Prüfungsverpflichtung. Dennoch kann sich auch ein Auftragnehmer auf das Fachwissen des Auftraggebers bzw. von dessen eingeschalteten Sonderfachleuten verlassen. Ein Handwerker braucht so nicht die Erkenntnisse eingeschalteter Sonderfachleute auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, es sei denn ein Fehler ist offenkundig.
- Der Auftragnehmer muss bei einer Leistungsbeschreibung nachprüfen, ob die Angaben in ihren Einzelheiten wie auch nach ihrem Gesamtbild technisch einwandfrei und zur Erreichung der Bauabsicht tauglich sind, insbesondere ob sie den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Diese Prüfungspflicht hat jedoch ihre Grenzen in der Fachkenntnis, die von einem ordnungsgemäßen Auftragnehmer eines maßgebenden Berufszweiges verlangt werden kann und muss.
- Damit der Auftragnehmer die Leistung des Vorunternehmers auf ihre Tauglichkeit und Richtigkeit überprüfen kann, werden bei ihm Kenntnisse der Gewerksleistung des Vorunternehmers zumindest insofern verlangt, dass er fähig ist, die Brauchbarkeit der Vorleistung auch tatsächlich beurteilen zu können. Vom Auftragnehmer nicht verlangt werden können allerdings kostspielige und komplizierte Untersuchungen, die z. B. die Einrichtung eines Labors an der Baustelle oder kostspielige Bodenuntersuchungen oder eigene Wärmeschutzberechnungen, wenn klare Hinweise/Angaben des Architekten vorliegen. Was allerdings vom Auftragnehmer verlangt werden muss, ist eine Untersuchung der Vorleistung dem Augenschein nach und mit einfachen Hilfsmitteln (z. B. Nagelritzprobe, Hammerschlagmethode). Ein Unternehmer, der einen Terrassenbelag aufbringen soll, ist nicht verpflichtet, mit einer Sonde zu prüfen, ob das Erdreich unter der Terrasse ordnungsgemäß nach der Aufschüttung verdichtet worden ist,

jedoch ist ihm eine Grobprüfung mittels einer Eisenstange oder eines sog. „Froschsprunges“ zumutbar, vgl. AG Nürnberg NJW-RR 93,404. Wegen der Prüfung der Unterlage bei Verkehrswegebauarbeiten-Pflasterdecken und Plattenbeläge, Einfassungen, vgl. ferner Abschnitt 3.2 der DIN 18318 = VOB/C. Siehe z. B. auch DIN 18356 Abschnitt 3.1.1 (Parkettarbeiten) und DIN 18451 Abschnitt 3.3 (Gerüstarbeiten).

- Ein Auftragnehmer ist verpflichtet, den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wenn er mangels Fachkenntnisse nicht beurteilen kann, ob die in Aussicht genommene Werkleistung das erstrebte Ziel erreichen kann. So z. B. bei fehlenden erforderlichen Fachkenntnissen, ob eine bestimmte Beschichtung ein mangelhaftes Flachdach dauerhaft abdichten kann.

d) Frist

Die Bedenken sind **unverzüglich** mitzuteilen, d. h. „ohne schuldhaftes Zögern“.

e) Form

Nach § 4 Abs. 3 VOB/B hat die Mitteilung grundsätzlich **schriftlich** zu erfolgen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass dem Auftraggeber in zuverlässiger Weise die Bedenken des Auftragnehmers zur Kenntnis gebracht werden. Das schließt gerade wegen dieser Zielsetzung aber nicht aus, dass der Auftragnehmer auch bei einer zuverlässigen mündlichen Erläuterung seiner Bedenken sich jedenfalls weitgehend entlasten kann, obwohl er bei Nichtbeachtung der Schriftform grundsätzlich eine Vertragsverletzung begeht. Erfolgt deshalb eine Bedenkenmitteilung seitens des Auftragnehmers nur mündlich, hat der Auftraggeber auch diesen mündlichen Bedenken Rechnung zu tragen. Tut er dies nicht, trifft ihn ein mitwirkendes Verschulden nach § 254 BGB. Aus Beweisgründen ist es jedoch dringend geboten, die Bedenken schriftlich mitzuteilen und den Beweis des Zugangs dieser Mitteilung zu sichern.

f) Richtiger Adressat

Die Mitteilung der Bedenken ist an den richtigen Adressaten zu richten, nämlich an den Auftraggeber. Im Allgemeinen reicht es auch aus, wenn technische Bedenken an den mit der Oberleitung oder mit der örtlichen Bauaufsicht betrauten Architekten gerichtet sind. Hiervon ist jedoch dann zwingend abzugehen, wenn sich die Bedenken des Auftragnehmers gerade gegen Maßnahmen des Architekten richten und dieser sich untätig oder ablehnend verhält. Der Auftragnehmer hat dann die Verpflichtung, seine Bedenken gegen die vorgesehene Art der Bauausführung bzw. gegen die betreffenden Anordnungen der Bauleitung unmittelbar dem Auftraggeber zu unterbreiten.

g) Inhalt

Die Mitteilung der Bedenken ist zu begründen. Die Begründung muss so ausgestaltet sein, dass der Auftraggeber die Möglichkeit besitzt, eine Überprüfung vorzunehmen. Der Auftragnehmer hat allerdings nicht die zusätzliche Verpflichtung, den Auftraggeber über Abhilfemöglichkeiten zu belehren, sofern dieser selbst fachkundig (z. B. durch Architekten) beraten ist.

h) Beispiele aus der Rechtsprechung

Die in der Vergangenheit ergangenen höchst richterlichen Entscheidungen lassen die Tendenz erkennen, dass die Anforderungen an den Auftragnehmer zur Prüfungs-, Bedenkenanmeldungs- und Hinweisverpflichtung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B immer weiter verschärft wird. Zur Verdeutlichung dieser Tendenz der Rechtsprechung darf auf folgende Entscheidungen verwiesen werden:

- Wenn nach den anerkannten Regeln der Technik für eine Betonschutzplatte auf einem Parkdeck eine Stärke von 13 cm erforderlich ist, der Architekt aber nur eine solche von 7 cm vorsieht, muss der Auftragnehmer nach dem Bundesgerichtshof Bedenken gegen die vorgesehene Bauausführung auch dann mitteilen, wenn der Architekt seine Planungsvorgaben mit statischen Erfordernissen begründet, weil der Einbau in viel zu geringer Stärke in jedem Fall unsinnig ist.

Bei Uneinsichtigkeit des Architekten und des Statikers muss der Auftragnehmer seine Bedenken gegenüber dem Auftraggeber selbst äußern, weil dann nur dieser der „richtige Adressat“ hierfür ist.

- Das Gleiche gilt, wenn sich ein Architekt den mitgeteilten Bedenken des Auftragnehmers verschließt, in den Arbeitsräumen, die der Auftragnehmer pflichtgemäß zu verfüllen hat, befinde sich teilweise Bau-schutt, der geeignet sei, die Kelleraußenisolierung zu beschädigen (OLG Düsseldorf und so auch OLG Köln bei einer vom Auftragnehmer festgestellten unzureichenden Verdichtung des Verfüllmaterials).
- Nach dem OLG Hamm muss der Auftragnehmer den Auftraggeber auch darauf hinweisen, dass bei von diesem bzw. des Architekten vorgesehenen Leichtbetonplatten für Sichtbetonfassaden Risse auftreten können, in denen sich Verschmutzungen absetzen, wenn die Platten unbehandelt bleiben und nicht gegen Verschmutzungen geschützt werden. Ein solches Wissen der betreffenden Umstände muss sich der Auftragnehmer anrechnen lassen, da (wie die betreffenden Gutachter in diesem Prozess ausgesagt haben) die damit zusammenhängenden Fragen der Ästhetik von Gebäuden mit Leichtbetonfassaden zum damaligen Zeitpunkt Gegenstand von Diskussionen in Fachkreisen und auch Gegenstand von Lehrveranstaltungen in der Hochschule gewesen seien. Die Problematik hätte darüber hinaus in leicht zugänglicher Literatur auch geprüft werden können. Mangels Nachkommen seiner Hinweisverpflichtung nach § 4 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B sei die Werkleistung des Auftragnehmers mangelhaft. Der Auftraggeber müsse sich hier jedoch das Mitverschulden seines Architekten zu 50 % anrechnen lassen, da dieser die Materialien ausgewählt und ausgeschrieben hatte und das Verschulden des Architekten und des diesem insoweit fachlich ebenbürtigen Auftragnehmers in etwa gleich schwer wiegen.
- Nach einer weiteren Entscheidung des OLG Hamm ergibt sich aus § 4 Abs. 3 VOB/B auch die allgemeine Leistungstreuepflicht des Handwerkers. Diese allgemeine Leistungstreuepflicht prägt sich aus in einer Hinweispflicht an den Bauherrn, wenn dem Handwerker ohne wei-

- teres erkennbar ist, dass Vorarbeiten nicht ordnungsgemäß ausgeführt worden seien. Erkenne so ein Fliesenleger wegen seiner Fachkenntnisse, dass die Dichtungsbahn zur ordnungsgemäßen Abdichtung durch den Vorunternehmer nicht ordnungsgemäß angebracht worden ist (weil sie z. B. aus den Türöffnungen lappig hervortritt), trifft ihn ein Mitverschulden (hier: 30 %), wenn er den Auftraggeber auf diese Mangelhaftigkeit des Vorunternehmers nicht hinweist, selbst wenn er als Fliesenleger im Übrigen mit der mangelhaften bzw. fehlerhaften Abdichtungsbahn nichts zu tun hat.
- Der Bundesgerichtshof hat bzgl. der Abwägung des Verschuldens bei Mängeln der Ausschreibung und Verletzung der Hinweispflicht (hier: fehlerhafte Ausschreibung einer für den Bodenanstrich ungeeigneten Dispersionsfarbe, ohne dass hierauf der fachkundige Auftragnehmer hinweist) folgende Grundsätze aufstellt:
 - * Erkenne der Auftragnehmer einen Planungsmangel fahrlässig nicht und unterlasse er deshalb einen Bedenkenhinweis, so sei grundsätzlich von einem Mitverschulden des Auftraggebers auszugehen, da dieser für eine mangelfreie Planung einzustehen habe.
 - * Erkenne der Auftragnehmer einen Planungsfehler, komme er trotzdem seiner Hinweispflicht nicht nach, so **hafte er in vollem Umfange**, ohne dass er sich auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen könne. Soweit nämlich ein Auftragnehmer mit der gebotenen Prüfung die Mängel hätte verhindern können, setzt er die eigentlichen Ursachen für die weiteren Schäden. Er sei deshalb veranlasst, diesem Gesichtspunkt bei einer Verschuldensabwägung entscheidendes Gewicht zukommen zu lassen.
 - Im Sinne der im letzten Absatz zitierten BGH-Rechtsprechung entschied das OLG Hamm (NJW-RR 96,273), dass eine fehlerhafte Planung und eine fehlerhafte Anweisung eines Bauführers des Auftraggebers über die Abdichtung des Mörtelbetts für einen Balkonfliesenbelag zu keiner Mithaftung des Auftraggebers führt, wenn der Auftragnehmer weder schriftlich noch in ausreichendem Maße mündlich

dem Bauführer gegenüber Bedenken äußert und auch nicht den Bauherrn persönlich auf die Bedenken hinweist. Dieser Entscheidung des OLG Hamm lag hierbei als Sachverhalt zugrunde, dass der Auftragnehmer die mangelhafte Planung in Bezug auf die Randisolierung (hier notwendige vollflächige Isolierung) positiv kannte, ohne hierauf den Bauherrn persönlich hinzuweisen. Das OLG Hamm führt ferner in dieser Entscheidung aus, dass es zur Erfüllung der Hinweispflicht erforderlich ist, dass die Bedenken von dem Unternehmer selbst oder dessen vertragsgemäß befugten Vertretern und nicht von untergeordneten Arbeitern an der Baustelle gegeben werden.

IX. Die Verjährung der Mängelansprüche

1. Differenzierung: BGB/VOB-Vertrag:

a) Bei einem BGB-Bauvertrag verjähren die Mängelansprüche

- gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB bei einem Bauwerk in 5 Jahren,
- gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht in 2 Jahren und
- gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 3 BGB im Übrigen in 3 Jahren.

Bei einem VOB-Vertrag verjähren Gewährleistungsansprüche gemäß § 13 Abs. 4 VOB/B

- für Arbeiten an einem Bauwerk in 4 Jahren,
- für andere Gewerke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre und
- für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr.

b) Wird der Mangel einer Bauleistung bei der Abnahme arglistig verschwiegen, dann tritt sowohl beim BGB- als auch beim VOB-Vertrag an die Stelle der kürzeren Verjährungsfrist die Regelfrist von 3 Jahren

ab Kenntnisnahme oder Kennenmüssen, maximal 10 Jahre ohne Rücksicht auf Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, § 634 a Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 199 Abs. 3 BGB.

- c) Die Verjährungsfrist beginnt – wie bereits ausgeführt – mit der Abnahme. Verweigert der Auftraggeber die Abnahme endgültig, beginnt die Verjährungsfrist von dem Zeitpunkt der Verweigerung an zu laufen.

- d) **Beachte:**

Auf den Lauf der Frist hat keinen Einfluss, welcher Art der Mangel ist. Die Mängelansprüche für „verdeckte“ und damit nicht wahrnehmbare Mängel verjähren ebenso wie für erkannte Mängel. Der bei Nichtjuristen sehr häufig anzutreffende Irrtum, dass für sogenannte „versteckte“ Mängel eine längere Gewährleistungsfrist gelten müsse, kann deshalb zu gefährlichen Rechtsverlusten führen.

2. Arbeiten an einem Bauwerk

Sowohl bei dem BGB als auch bei dem VOB-Bauvertrag muss differenziert werden zwischen Arbeiten an einem Bauwerk und Arbeiten an einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht.

Arbeiten zur Verschönerung einer Fassade sind keine Arbeiten an einem Bauwerk, so dass diese nach § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB und nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B in der 2-jahres Frist verjähren. Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei folgenden Bauleistungen um „**Arbeiten bei Bauwerken**“, mit der längeren 5-/4-jährigen Gewährleistungsfrist:

- Arbeiten zur Beseitigung von Kellernässe an einem bestehenden Gebäude, wodurch die Außenwände des Kellers neu isoliert und an den Seiten des Hauses Drainagerohre im Kies verlegt werden,
- Umstellung von Koks- auf Ölfeuerung im Anschluss an andere Installationsarbeiten zur Wiederherstellung des Hauses,
- Ausschachtung einer Baugrube,

- Verfüllung der Arbeitsräume nach Fertigstellung der Rohbauarbeiten an einem Gebäude,
- Erd- und Entwässerungsarbeiten,
- Elektroinstallation,
- Lieferung und Verlegung eines Teppichbodens mittels Kleber,
- Erneuerung eines Hausanstriches, wenn dieser aufgebracht wird, um in einer Art Beschichtung ein Gebäude mit rissig gewordenem Außenputz gegen Eindringen der Feuchtigkeit zu schützen, also zur Substanzbewahrung im Gegensatz zur Verschönerung einer Fassade. In letzterem Fall hat das OLG Köln keine Arbeiten an einem Bauwerk angenommen, da der Putz des Hauses nicht beschädigt war,
- umfangreiche Malerarbeiten, die im Rahmen eines grundlegenden Umbauvorhabens der vollständigen Renovierung eines Hauses dienen (BGH). Bei dieser BGH-Entscheidung hatte der Anstrich erkennbar nicht nur der „Verschönerung“ gedient, sondern es hat sich um eine die Substanz des Hauses schützende und erhaltende Renovierung gehandelt,
- Hoftoranlage, die mit 3 Stahlbetonpfosten (45 x 45 cm) 1 m tief fundamentiert ist und aus 3 einzuhängenden Holztorflügeln besteht (Gesamtbreite 4,20 m, Höhe 1,80 m),
- Austausch sämtlicher Fensterscheiben eines Hauses durch Isolierglasscheiben,
- nachträglicher Einbau einer Einbauküche in der vom Eigentümer selbst genutzten Wohnung,
- nachträglicher Einbau eines Kachelofens,
- Hofpflaster eines Autohauses bestehend aus Betonformsteinen auf einem Schotterbett,
- als Ladengeschäft genutzte „Container-Kombination“, die durch Schraubenverbindungen zu einer Anlage zusammengefügt und auf dem Boden verankerten Betonklötzen aufgestellt ist und
- Wintergarten auf dem Flachdach eines Wohnhauses.

3. Keine Arbeiten an einem Bauwerk sind

- Neuanstrich von Fenstern eines bestehenden Hauses,
- bloße Ausbesserungs- und Instandsetzungsarbeiten (Anstricherneuerung),
- Arbeiten zur Anbringung einer Neon-Leuchtreklame an einem Ladengeschäft,
- Herstellung eines Dachgartens, der nachträglich auf einer Dachterrasse eines fertigen Wohnhauses angelegt wird und
- Herstellung eines Hofbelages (Verbundsteinpflaster) (so LG Stuttgart im Gegensatz zum BGH).

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt deshalb festzuhalten, dass Instandsetzungs- und Umbauarbeiten jedenfalls dann als „Arbeiten bei einem Bauwerk“ anzusehen sind, wenn diese an die Substanz des Bauwerks gehen oder wenn entsprechende Leistungen bei Neuerrichtung Arbeiten bei Bauwerken wären und wenn sie insofern nach Umfang und Bedeutung mit solchen Neubauarbeiten vergleichbar sind.

5. Merke

- a) Im Gegensatz zum Einbau oder Umbau einer Zentralheizung in einem Wohnhaus fallen bloße Reparaturarbeiten an einer Wärmepumpe einer bereits errichteten Heizungsanlage nicht unter Arbeiten bei Bauwerken. Für Mängelansprüche gilt daher nicht die 5-jährige/4-jährige Frist sondern die 2-jährige Frist des § 634 a Nr. 1 BGB bzw. § 13 Abs. 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B.
- b) Zur Unterscheidung zwischen „kostenloser Gewährleistungsarbeit“ und „kostenträchtiger Reparaturarbeiten“ stellte das OLG Düsseldorf folgende Leitsätze auf:

„Wenn ein Bauhandwerker, nachdem er mit dem Bauherrn darüber gestritten hat, ob Schäden an seinem Werk unter seine Gewährleistungspflicht fallen, dem Bauherrn ein Angebot über die genau bezeichneten Reparaturarbeiten unter Nennung konkreter Einzelpreise mit der Bitte um Auftragserteilung übermittelt und der Bauherr das

Angebot mit der Bitte um schnellstmögliche Schadensbeseitigung bestätigt, kommt ein Werkvertrag über die Reparaturarbeiten zustande. In einem solchen vorbehaltlosen neuen Auftrag liegt zugleich ein Verzicht auf etwaige Gewährleistungsansprüche aus dem ursprünglichen Werkvertrag."

6. Gewährleistungsfrist bei Verschleißteilen

Sowohl im BGB als auch in der VOB fehlt eine ausdrückliche Regelung über die Gewährleistungsfrist bei Verschleißteilen. In § 13 Abs. 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B sind insofern nur die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen genannt, wofür die VOB eine Gewährleistungsfrist von 2 Jahren benennt. Die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen unterliegen einem unverhältnismäßig hohen Verschleiß. Dieser soll daher nicht dem Auftragnehmer zur Last gelegt werden können. Außerdem lässt sich schon nach kurzer Zeit der Benutzung kaum noch feststellen, ob ein Mangel auf die Leistung des Auftragnehmers oder den unverhältnismäßig hohen Verschleiß zurückzuführen ist. Hierbei handelt es sich in der Regel um diejenigen Teile, die von dem Feuer unmittelbar erreicht werden, wie z. B. die im Ofen befindlichen Röhren, Roste und Schamotte. Einer darüberhinausgehenden eigenen Regelung für Verschleißteile bedarf es nicht, da sich die notwendige Begrenzung der Mängelhaftung des Auftragnehmers aus dem Mangelbegriff ergibt. Mit einem Mangel behaftet ist deshalb ein Verschleißteil nur dann, wenn seine Haltbarkeit hinter der üblichen Lebensdauer für Teile der gleichen oder ähnlichen Art zurückbleibt. Der Auftraggeber kann keine längere Lebensdauer von Verschleißteilen verlangen, als er sie üblicherweise oder aufgrund der besonderen vertraglichen Zusicherung des Auftragnehmers erwarten kann. Dem Auftraggeber steht also unabhängig von der Verjährungsfrist kein Gewährleistungsanspruch zu, wenn das eingebaute Verschleißteil die übliche, nach den anerkannten Regeln der Technik angemessene bzw. zugesicherte Lebensdauer aufweist. Streitig sind immer wieder Auseinandersetzungen über „ausgelaugte“ bzw. „verblichene“ Fensteranstriche. Schuldet der Handwerker keine „Wetterbeständigkeit“, da er nur einen nicht deckenden sondern offenporigen Lasuranstrich schuldete, so beruht der verblichene Anstrich bereits nach einem Jahr auf einem natürlichen Verschleiß. Der Handwerker hatte zwar davon auszugehen, dass das lasierte Holz erheblichen Witterungseinflüssen ausgesetzt war. Der Handwerker hatte aber keine Hinweispflicht, da sein Auftraggeber von einem Architekten vertreten war.

Merke:

Für Verschleißteile gilt grundsätzlich die gleiche Gewährleistungsfrist, wie sie für die Gesamtleistung vereinbart bzw. gesetzlich geregelt ist. Wenn allerdings die allgemeine Lebensdauer von Verschleißteilen auch bei ordnungsgemäßer Ausführung hinter der Lebensdauer der übrigen Leistungsteile zurückbleibt, besteht insofern kein Mangel, so dass der Auftragnehmer zum Austausch dieser Verschleißteile nicht im Wege der Gewährleistung verpflichtet ist.

7. Hemmung und Neubeginn der Verjährung

Die Hemmung der Verjährung bewirkt, dass der Zeitraum währenddessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird, § 209 BGB. Die Gewährleistungsfrist wird somit um den Zeitraum der Hemmung verlängert. Bei einem Neubeginn der Verjährung beginnt die Verjährungsfrist erneut zu laufen.

a) Die Hemmung tritt ein

- durch gerichtliche Maßnahmen, wie z. B. Klageerhebung oder Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens und
- durch Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, § 203 BGB.

b) Der Neubeginn der Verjährung tritt ein

- bei Anerkenntnis z. B. durch eine Mangelbeseitigungsmaßnahme und
- nur bei einem VOB- und nicht bei einem BGB-Bauvertrag: durch schriftliches Nachbesserungsverlangen gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B.

Leitfaden/Praxishinweis:

Das Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 VOB/B ist hierbei zwingende Voraussetzung für den Neubeginn der Verjährung von 2 Jahren. Liegt nur eine mündliche Mängelrüge vor, ist also diese nicht geeignet den Neubeginn der Verjährung herbeizuführen. Bei einem BGB-Vertrag reicht – wie ausgeführt – auch eine schriftliche Mängelrüge allein nicht aus. Hier sind also stets gerichtliche Maßnahmen notwendig, um nicht in Gefahr zu laufen, dass Mängelansprüche verjähren.

X. Die Reform des Bauvertragsrechts ab dem 01.01.2018

Am 09.03.2017 hat der Deutsche Bundestag in 2. und 3. Lesung das Reformgesetz verabschiedet. Es wurde am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt Nr. 23 (Seite 969) verkündet. Der genaue Name dieses umfangreichen Gesetzes lautet wie folgt:

„Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts,
zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung,
zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und
zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren
vom 28.04.2017“.

Es trat am 01.01.2018 in Kraft und ist auf Verträge, die vor dem 31.12.2017 abgeschlossen wurden, nicht anwendbar. Die wichtigsten Inhalte dieses BGB-Reformgesetzes sind:

1. Anpassung der kaufrechtlichen Mängelhaftung an die einschlägige EuGH-Rechtsprechung für den Verbraucherbereich.
2. Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Bauverträgen durch Aufnahme eines Verbraucherbauvertrages im BGB.
3. Aufnahme spezifischer Sonderregelungen im BGB für einen Architektenvertrag und Ingenieurvertrag.

4. Einführung eines Anordnungsrechtes des Bestellers einschließlich von Regelungen zur Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen.
5. Änderungen und Ergänzungen der Regelungen zur Abnahme.
6. Normierung einer Kündigung aus wichtigem Grund.
7. Einführung der gesetzlichen Paragraphen in Hinblick auf den Bauvertrag u. a. in §§ 650 a) bis 650 v).

Für die Abnahme und Mängelhaftung sind folgende Änderungen von Bedeutung:

1. Abnahmefiktion

§ 640 Abnahme (neu) lautet künftig wie folgt:

- „(1) *Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. ~~Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.~~*
- (2) *Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.*
- (3) *Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1*

bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält."

Nach Auffassung des Gesetzgebers sollten Schwächen der alten Regelung beseitigt werden. In der Gesetzesbegründung heißt es diesbezüglich wortwörtlich wie folgt:

„In der Praxis haben sich jedoch Schwächen dieser Regelung gezeigt. Verweigert der Besteller nach Fristsetzung durch den Unternehmer die Abnahme, ohne die von ihm beanstandeten Mängel zu benennen, greift die Fiktion des Absatzes 1 Satz 3 zunächst nicht, wodurch die Fälligkeit der Werklohnforderung des Unternehmers hinausgeschoben wird. Häufig kann erst nach Ablauf einer längeren Zeit im Rahmen eines Gerichtsverfahrens geklärt werden, ob im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens tatsächlich wesentliche Mängel vorlagen, die den Besteller zur Abnahmeverweigerung berechtigt hätten oder ob dies nicht der Fall war und er zur Abnahme verpflichtet gewesen wäre."

Nach der Gesetzesbegründung soll die Fiktion jetzt schon dann eintreten,

„wenn der Besteller sich entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung von Mängeln verweigert."

Weiter heißt es diesbezüglich in der Gesetzesbegründung:

„Im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage führt ein Schweigen oder Nichtbenennen von Mängeln auch dann zur fiktiven Abnahme, wenn wesentliche Mängel vorhanden sind. Diese Rechtsfolge ist unter Abwägung der Interessen der beiden Vertragspartner gerechtfertigt, da sie vom Besteller jederzeit durch die Angabe von Mängeln verhindert werden kann."

Weiter wurde ausdrücklich in das Gesetz mit aufgenommen, dass Voraussetzung für die fiktive Abnahme die Fertigstellung des Werks ist. Mit der Einführung dieses neuen Kriteriums soll ein zu frühes Andienen des Werks unterbunden und damit ein missbräuchlicher Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme insbesondere auch gegenüber Verbrauchern verhindert werden. Nach der Gesetzesbegründung ist von einer Fertigstellung im Sinne der Vorschrift dann auszugehen,

„wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als „fertig“ anzusehen ist. Dies ist der Fall, wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet bzw. erbracht sind - unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht.“

Neu ist auch, dass nach Absatz 2, Satz 2 die Verbraucher vom Auftragnehmer über die Möglichkeit der fiktiven Abnahme informiert werden sollen. Von einem Verbraucher kann nicht erwartet werden, dass er sich über die Rechtsfolgen im Klaren ist, wenn er sich auf die Fristsetzung des Unternehmers, mit der dieser eine fiktive Abnahme erreichen will, nicht erklärt oder die Abnahme ohne Angaben von Mängeln verweigert. Nach § 650o BGB (neu) kann von § 640 Absatz 2 Satz 2 BGB nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden.

2. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme, Schlussrechnung

§ 650g BGB (neu) hat zukünftig folgenden Wortlaut:

- „(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.*
- (2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fern bleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.*

(3) *Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.*

(4) *Die Vergütung ist zu entrichten, wenn*

- 1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist, und*
- 2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat.*

Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat."

Die neue Regelung zur fiktiven Abnahme in § 640 Abs. 2 BGB (neu) wird durch § 650g BGB (neu) ergänzt, der eine Regelung zur Zustandsfeststellung für den Fall enthält, dass die Abnahme verweigert wird, und in Ergänzung zu den allgemeinen Regeln und § 644 BGB eine Regelung zur Gefahrtragung trifft. Kommt es nicht zu einer Abnahme des Bauwerks oder der Außenanlage, weil die Vertragspartner über die Abnahmereife des Werks streiten, besteht in der Praxis das Bedürfnis, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern. Insbesondere wenn der Auftraggeber das Werk ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen hat, entstehen bei einer späteren Abnahme häufig Unsicherheiten darüber, ob dann festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers oder dem des Auftragnehmers stammen. Ein entsprechendes Bedürfnis zur Dokumentation des Zustands kann auch bestehen, wenn die Vertragspartner einig sind, dass das Werk nicht abnahmereif ist.