

NewsLetter

2017-8 Seite 1

Sauerbruchstraße 9
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Werkvertragsrecht

Mängelansprüche vor Abnahme

Der Bundesgerichtshof (BGH, zwei Urteile vom 19. Januar 2017, Az. VII ZR 301/13 und VII ZR 235/15) hatte Folgendes zu entscheiden:

Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) schlossen einen BGB-Bauvertrag. Der AN führte die Arbeiten mangelhaft aus, bestritt jedoch die Mängel und verlangte Abnahme. Die verweigerte der AG und klagte auf Kostenvorschuss (§ 634 Nr. 2 BGB).

Der BGH hat dazu nunmehr erstmalig entschieden: Die Mängelrechte nach BGB-Werkvertragsrecht (§ 634 BGB) kann der AG grundsätzlich erst nach Abnahme geltend machen. Vor Abnahme stehen dem AG lediglich zu:

-Ansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht: Schadensersatz neben der Leistung (§ 280 Abs. 1 BGB), statt der Leistung (§ 281 BGB) oder wegen Verzögerung der Leistung (§§ 280 Abs. 2, 286 BGB); Rücktritt (§ 323 BGB); Kündigung aus wichtigem Grund (§ 314 BGB analog).

-Herstellungsanspruch (§ 631 Abs. 1 BGB). Er geht wie der Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) auf mangelfreie Herstellung, kann vom AG eingeklagt und zwangsvollstreckt werden (§ 887 ZPO: Gericht ermächtigt den AG zur Selbstvornahme

und verurteilt den AN zum Kostenvorschuss).

-Ausnahmsweise: werkvertragliche Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB (Kostenerstattung / Kostenvorschuss, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz), aber nur dann, wenn das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist (weil die Rechte des AG nur noch auf Geld gerichtet sind) und wenn der AG nicht mehr (Nach-)Erfüllung verlangen kann.

Verlangt der AG nur noch Schadensersatz oder Minderung, so kommt darin zum Ausdruck, dass es ihm nicht mehr um die (Nach-)Erfüllung des Vertrages geht. Dann findet eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche (Abrechnungsverhältnis) „jedenfalls“ dann statt, wenn der AN das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat.

Verlangt der AG dagegen Kostenvorschuss (§ 634 Nr. 2 BGB), ist ein Abrechnungsverhältnis erst dann anzunehmen, „wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr ... geltend machen kann“, so wenn er die (Nach-)Erfüllung durch den AN endgültig und ernsthaft abgelehnt hat (denn dann kann der AG nicht mehr zum Nacherfüllungsanspruch wechseln).

Praxishinweise

Für Werkverträge vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes

NewsLetter

2017-8 Seite 2

(1. Januar 2002) hatte der BGH entschieden, dass dem AG vor der Abnahme sowohl die Ansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht als *auch* die werkvertraglichen Mängelrechte (§§ 633 ff. BGB a. F.) zustehen.

Für Werkverträge nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes war dies bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Hier hat der BGH nunmehr also die seit 15 Jahren streitige Rechtsfrage beantwortet, und zwar anders als zum alten Recht.

Die Abnahme ist also nicht nur Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns, den Beginn der Verjährung, den Übergang der Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks auf den AG und den Übergang der Beweislast für Mängel auf den AG, sondern - grundsätzlich - auch für die Mängelrechte nach BGB-Werkvertragsrecht.

Im BGB-Bauvertrag ist also vor Abnahme das sog. allgemeine Leistungsstörungsrecht der Normalfall. Dessen Anwendung kann jedoch Schwierigkeiten bereiten:

So ist der Schadensersatzanspruch statt der Leistung (§ 281 BGB) anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB (Kostenerstattung / Kostenvorschuss, Rücktritt, Minderung) verschuldensabhängig (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Jedoch hat der BGH in seiner obigen Entscheidung festgestellt, eine den Schadensersatzanspruch begründende schuldhafte Pflichtverletzung des AN liege auch vor, wenn er die ihm gesetzte Frist (§ 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) verstreichen lässt. Fraglich ist jedoch, welche Frist dem AN gesetzt werden muss. Hintergrund: Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme kann der AN grundsätzlich frei

entscheiden, wie und wann er das Werk mangelfrei herstellt. Deshalb wird vertreten, der AG könne „nach Fristsetzung zur Fertigstellung und anschließend zur Mängelbeseitigung“ seine Rechte aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht geltend machen. Dann verstreicht aber u. U. viel Zeit.

Gleiches dürfte für den Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB gelten.

Es kann daher an Rücktritt (§ 323 BGB) zu denken sein, weil der ausnahmsweise bereits vor Eintritt der Fälligkeit begründet sein kann, wenn nämlich offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden (§ 323 Abs. 4 BGB), also der AN seine Leistung auch bis zum Ende der nach Fälligkeit zu setzenden Nachfrist nicht mangelfrei herstellen wird.

Die VOB/B ist unkomplizierter. (Nach der Abnahme gilt § 13 VOB/B.) Vor der Abnahme gilt § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B, der einen Mangel, eine Fristsetzung und eine Kündigungsandrohung voraussetzt. Allerdings: Die VOB/B geht vom Normalfall der Entziehung des *gesamten* Auftrags aus. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B kann zwar die Kündigung auf einen „in sich abgeschlossenen Teil“ der Leistung“ beschränkt werden. Das ist jedoch nicht ein einzelner Baumangel.

Wenn nicht insbesondere die Bauzeit entgegensteht, kann deshalb u. U. in Betracht gezogen werden, den AN zu Ende bauen zu lassen, die Abnahme durchzuführen, bei der Abnahme einen Mängelvorbehalt zu erklären (§ 640 Abs. 2 BGB) und einen Mängeleinbehalt vorzunehmen (§ 641 Abs. 3 BGB). Nach Ansicht des BGH wird der AG dadurch hinreichend geschützt.

RA Dr. Christian Schwertfeger