

Rundbrief 38

Mängelrechte vor Abnahme?

Zu diesem rechtlichen Problem, welches besteht seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. Nov. 2001 (BGBl. I S. 3138 – Schuldrechtsmodernisierungsgesetz), ist jetzt durch die Entscheidung

BGH, Urt. v. 19.01.2017, Az. VII ZR 301/13

Klarheit geschaffen.

Leitsatz 1:

Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.

Grund:

- Das Gesetz nennt den Begriff Nacherfüllung. Dies kann aber erst nach der Herstellung zum Tragen kommen.
 - Die Verjährung der Mängelansprüche beginnt mit der Abnahme
 - Die Gefahr des zufälligen Untergangs bleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer
 - Der Werklohn wird erst fällig nach Abnahme
 - Der Besteller kann vor der Abnahme den angelfreien Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB einklagen.
 - Die Beweislast für das Vorliegen von Mängel trifft bis zur Abnahme den Unternehmer
 - Der Besteller kann bis zur Abnahme und vor der Abnahme die rechte aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht geltend machen, nämlich Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 Abs. 2, 286 BGB Rücktritt nach § 323 BGB erklären, Den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen entsprechend nach § 314 BGB
- a. Bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetz konnten der Besteller die Ansprüche wegen Mängel nach §§ 639 ff BGB auch schon vor der Abnahme geltend machen. Diese Ansprüche und die Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht bestanden nebeneinander (zuletzt BGH Urt. v. 14.1.2016 – VII ZR 271/14)
- b. Seither bestand Unsicherheit:
- i. Der BGH zunächst offengelassen, ob eine Abnahme Voraussetzung für die Mängelansprüche sei, hat aber zuletzt in der Entscheidung vom 25.02.2016

– VII ZR 49/15 die Auffassung geäußert, dass die Abnahme wohl der maßgebende Zeitpunkt sei, ab dem die Mängelansprüche des Bestellers nach § 634 BGB greifen.

- ii. In der Literatur wurde teilweise an die Fälligkeit der Werkleistung angeknüpft oder an den Zeitpunkt, an dem der Unternehmer sein Werk fertiggestellt haben will. Ab diesem Zeitpunkt sollten dem Besteller die Mängelrechte auch ohne vorherige Abnahme der Werkleistung zustehen.
- iii. Die überwiegende Auffassung der Literatur und der Oberlandesgerichte wollte aber die Mängelrechte aus § 634 BGB dem Besteller auch ohne Abnahme bereits zubilligen, wenn der Unternehmer das geschuldete Werk hergestellt, aber der Besteller die Abnahme wegen Mängel zu Recht verweigert hat (z.B. Kniffka, Bauvertragsrecht 2. Aufl. § 634 Rn. 9 ff; OLG Celle BauR 2016, 1504ff; OLG Hamm BauR 2915, 1861 f.)

Leitsatz 2 :

Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr.2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er (der Besteller) nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in eine Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

Das ist der Fall:

- wenn der Besteller Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB verlangt. Dann ist der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen.
- Gleiches gilt, wenn der Besteller im Wege der Minderung nur eine Herabsetzung des Werklohns erreichen will, weil auch in diesem Fall es ihm, dem Besteller, nicht mehr um den Anspruch auf Leistung und damit auf Erfüllung des Vertrages geht vgl. auch BGH Urt. vom 19.01.2017 – VII ZR 235/15 und VII ZR 193/15)

Voraussetzung ist aber, dass der Unternehmer dem Besteller das Werk als endgültig fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat.

- Verlangt der Besteller allerdings nach §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1, 3 BGB einen **Vorschuss** für die Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen, soll der **Erfüllungsanspruch (§ 631 BGB)** und der **Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB)** nicht untergehen und ist der Besteller auch nach Geltendmachung des Kostenvorschussverlangens noch berechtigt den Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen.

- Dies gilt nur **dann nicht**, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, dass er unter **keinen Umständen** mit dem Unternehmer zusammenarbeiten will, also **ernsthaft und endgültig eine Nacherfüllung ablehnt**, denn in diesem Fall sind die Rechte des Bestellers damit ausschließlich auf Geld gerichtet und ist somit ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis entstanden.

Hinweis:

Aber Vorsicht bei der endgültigen und ernsthaften Ablehnung der Nacherfüllung, denn in diesem Fall gilt, dass selbst dann, wenn die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung der Werks führt, der Besteller nicht mehr zum Nacherfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren kann. Erträgt das volle Risiko des Fehlschlagens der Nachbesserung.

Erstellt 24.02.2017

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt, Notar a.D.

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht