

Abnehmen will gelernt sein

Mangelvorbehalte bei der Abnahme

Oftmals werden die Rechtsfolgen der Abnahme unterschätzt oder sogar falsch eingeschätzt. Ein verbreiteter Irrglaube ist die Tatsache, dass die Mangelfreiheit eines Werks Abnahmevoraussetzung ist. Warum dies nicht so ist und wie mit Mangelvorbehalten bei der Abnahme umzugehen ist, erläutert dieser Beitrag.

■ Von Katharina Orthmann

Der Abnahme kommt bei Werkverträgen eine erhebliche Bedeutung zu. Mit der Abnahme endet die sogenannte Erfüllungsphase des Werkvertrags und beginnt die Gewährleistungsphase. Daher sind mit der Abnahme einige wichtige Rechtsfolgen verknüpft:

- Beschränkung des Erfüllungsanspruchs
- Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung
- Übergang der Vergütungs- und Leistungsgefahr
- Beweislastumkehr
- Beginn der Gewährleistungsfrist
- Ende von Schutzpflichten

Mit der Abnahme nimmt der Besteller die Werkleistung entgegen und billigt sie als im Wesentlichen vertragsgerecht. Die Mangel-

freiheit ist nicht Abnahmevoraussetzung. Im Gegenteil. Das Gesetz sieht in § 640 Abs. 3 BGB gerade den Vorbehalt von Rechten wegen Mängeln vor. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit dem in § 640 Abs. 3 BGB vorgesehenen Vorbehalt. Rechte wegen Mängeln, die der Besteller bei der Abnahme kannte, müssen sich bei der Abnahme vorbehalten werden, um die in die § 634 Nr. 1 bis 3 BGB vorgesehenen Gewährleistungsrechte geltend machen zu können (vgl. § 640 Abs. 3 BGB).

Der vergessene Vorbehalt von Mängelrechten kann somit zu einem Anspruchsverlust führen. Es lohnt sich daher, die Fragen rund um den Vorbehalt näher zu beleuchten. Wann ist ein Mangel bei der

Abnahme bekannt mit der Folge, dass der Besteller sich die Rechte im Rahmen der Abnahme vorbehalten muss? Wie muss ein Vorbehalt formuliert und wann muss er erklärt werden? Gilt für die vorbehaltenen Mängel trotzdem die Gewährleistungsfrist? Welche Rechte hat der Besteller, wenn er einen Vorbehalt vergessen hat?

Um die nachfolgenden Ausführungen besser verständlich zu machen, werden zunächst vier Fälle geschildert, anhand derer die verschiedenen Probleme im Zusammenhang mit dem Mangelvorbehalt bei der Abnahme deutlich werden.

Fall 1:

Bei der Abnahme sieht der Besteller, dass in der Lagerhalle ein roher Betonboden liegt. Später stellt sich heraus, dass für die Nutzung als Lagerhalle noch eine Nuttschicht (Estrich oder Kunstharz) erforderlich ist. Der Besteller fordert vom Unternehmer Nachbesserung. Dieser beruft sich auf eine vorbehaltlos abgenommene Leistung und den damit einhergehenden Verlust des Nachbesserungsrechts. Zu Recht?

Fall 2:

Der Besteller befindet sich im Ausland und bevollmächtigt daher einen Freund, die Abnahme für ihn vorzunehmen. Im Vertrag steht, dass alle Türen rot sein müssen. Tatsächlich sind sie grün. Der Freund weiß nicht, dass die Türen rot sein sollen, und nimmt die Leistung des Unternehmers vorbehaltlos ab. Später rügt der Besteller die Türfarbe und fordert Nachbesserung. Der Unternehmer lehnt die Nachbesserung ab und beruft sich auf die vorbehaltlos abgenommene Leistung. Zu Recht?

Fall 3:

Besteller und Unternehmer machen eine Abnahmebegehung und unterschreiben ge-



Mit der Abnahme nimmt der Besteller die Werkleistung entgegen. Die Mangelfreiheit ist nicht Abnahmevoraussetzung.

meinsam ein Protokoll. Dem Besteller fällt am Tag nach der Abnahme auf, dass ein von ihm festgestellter Mangel versehentlich nicht im Abnahmeprotokoll vermerkt ist. Er schreibt dem Unternehmer eine E-Mail und weist auf diesen Mangel hin. Er fordert im weiteren Verlauf Nachbesserung. Der Unternehmer verweigert die Nachbesserung und beruft sich auf die vorbehaltlose Abnahme. Zu Recht?

Fall 4:

Der Unternehmer zieht nach Fertigstellung seiner Leistung seine Leute von der Baustelle ab. Die Leistung wird vom Besteller in Benutzung genommen. Drei Tage später rügt der Besteller einen Mangel. Der Unternehmer beruft sich auf eine vorbehaltlose Abnahme. Zu Recht?

Kenntnis des Mangels

Die Abnahme besteht einerseits aus der körperlichen Entgegennahme des Werks und andererseits in der Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß. Wenn der Besteller bei der Abnahme Mängel feststellt, wird er diese normalerweise rügen, das heißt, er nimmt diese in das Abnahmeprotokoll auf. Sind die Mängel wesentlich, wird er die Abnahme verweigern. Wenn ein Besteller einen Mangel bei der Abnahme erkennt und das Werk ohne weitere Anmerkung abnimmt und erst nach der Abnahme den Mangel rügt, verhält er sich widersprüchlich. Der Gesetzgeber hat hieraus die Vorbehaltpflicht in § 640 Abs. 3 hergeleitet, das heißt, dass bekannte Mängel vorbehalten werden müssen, anderenfalls kann sich der Besteller auf die Rechte aus § 634 Nr. 1 bis 3 BGB nicht mehr berufen. Eine Vorbehaltserklärung setzt somit voraus, dass der Besteller die negative Abweichung der erbrachten von der geschuldeten Leistung in ihrer Bedeutung und Tragweite für die Beschaffenheit und die Verwendbarkeit des Werks erkennt und dennoch vorbehaltlos abnimmt. Es reicht nicht aus, dass der Mangel erkennbar war. Um einen Anspruchsverlust zu rechtfertigen, muss positive Kenntnis vorgelegen haben (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 18.08.2017, 1 U 11/16; BGH, Beschl. v. 05.06.2018, VII ZR 200/17, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen). Andernfalls läge kein widersprüchliches Verhalten vor. An die grob fahrlässige Unkenntnis vom Mangel

knüpft § 640 anders als § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB im Kaufrecht keine Folgen. Die Kenntnis der Mangelsymptome steht der Kenntnis des Mangels dabei nicht gleich.

Es ist nicht Sache des Bestellers, die Symptome den möglichen Ursachen zuzuordnen. Nicht ausreichend ist es zudem, wenn der Besteller das äußere Erscheinungsbild des Mangels wahrgenommen hat. Entscheidend ist das Wissen um die Fehlerhaftigkeit des Werks (vgl. BGH, Urt. v. 22.10.1969, VIII ZR 196/67). Daher bleibt der Unternehmer im **Fall 1** zur Nachbesserung verpflichtet. Allein der Umstand, dass der Besteller bei der Abnahme den Betonboden gesehen und abgenommen hat, ist kein Nachweis, dass dem Besteller auch der Umstand, dass wegen der fehlenden Nutzschiene die Lagerhalle nicht bestimmungsgemäß genutzt werden kann, bekannt war. In diesem Fall konnte dem Besteller keine positive Kenntnis des Mangels nachgewiesen werden (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.08.1995, 22 U 256/93).

Abnahme durch Dritte

Erklärt nicht der Besteller selbst die Abnahme, sondern ein von ihm beauftragter Dritter, kommt es auf die Kenntnis des Dritten an. Was gilt allerdings in den Fällen, wenn der Dritte die Beschaffenheit sieht, ihm aber die Kenntnis fehlt, dass diese nicht vertragsgerecht ist (vgl. **Fall 2**)? Hier kommt es allein auf die Kenntnis des Dritten an, das heißt, dieser kannte den Mangel bei der Abnahme nicht, daher musste er sich den Mangel auch nicht vorbehalten (vgl. BGH, Urt. v. 29.06.1993, X ZR 60/92). Etwas anderes kann gelten, wenn sich der Besteller durch die Berufung auf die Unkenntnis des Dritten missbräuchlich verhält, z. B. den Dritten genau zu dem Zweck einsetzt, um sich später auf dessen Unkenntnis zu berufen.

Erklärung des Vorbehalts

Ob ein Vorbehalt erklärt worden ist, ist nach den gesamten Umständen der Abnahme zu beurteilen. Es muss nicht ausdrücklich das Wort „Vorbehalt“ benutzt werden. Vielmehr reicht es, wenn der Besteller zu erkennen gibt, dass er nicht bereit ist, die erkannten Mängel hinzunehmen. Das ist z. B. dann der Fall, wenn Mängel in einem Mängelprotokoll aufgenommen werden. Wird wegen der Mängel bereits prozessiert oder ist ein selbst-

ständiges Beweisverfahren wegen der Mängel anhängig, bedarf es keiner besonderen Erklärung des Vorbehalts, weil der Unternehmer in diesem Fall nicht davon ausgehen darf, dass auf die Rechte wegen der Mängel mit der Abnahme verzichtet wird. Es ist ausreichend, wenn sich der Besteller seine Rechte wegen der bezeichneten Mängel vorbehält. Einer Konkretisierung der Rechte bedarf es dabei nicht. Es reicht, wenn das Mangelsymptom genannt wird, das heißt, es muss lediglich das Erscheinungsbild des Mangels bezeichnet werden. Die Nennung der Mangelursache ist indes nicht erforderlich.

Der Vorbehalt muss bei der Abnahme erklärt werden. Ein späterer Vorbehalt, sei es auch unmittelbar im Anschluss an die Abnahme, reicht grundsätzlich nicht aus. Der Besteller hat im **Fall 3** daher vorbehaltlos abgenommen mit der Folge, dass er keine Nachbesserung mehr gemäß § 634 Nr. 1 BGB verlangen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass der Unternehmer nachweisen kann, dass der Besteller den Mangel bei der Abnahme kannte. Die Darlegungs- und Beweislast für die Mangelkenntnis beim Besteller trägt der Auftragnehmer. Die Darlegungs- und Beweislast für den erfolgten Vorbehalt trägt der Besteller.

Vorbehalte, die bereits vor der Abnahme erklärt wurden, reichen grundsätzlich ebenso wenig aus, es sei denn, sie sind im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Abnahme erklärt worden und bei der Abnahme ist erkennbar, dass sie aufrechterhalten bleiben sollen.

In einer förmlichen Abnahme ist der Vorbehalt schriftlich zu erklären. Bei einer Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 oder 2 VOB/B (Abnahme nach Fertigstellungsmitteilung bzw. nach Ingebrauchnahme) ist der Vorbehalt innerhalb der dort genannten Fristen, hier 12 bzw. 6 Werktage, zu erklären. Daher ist in **Fall 4** die Mängelrüge des Bestellers noch rechtzeitig und als Vorbehalt zu werten. Bei einer konkludenten Abnahme muss sich der Vorbehalt aus den Umständen, die für eine konkludente Abnahme herangezogen werden, ergeben. Für die fiktive Abnahme gemäß § 640 Abs. 2 BGB gelten die Regelungen zum Vorbehalt von Mängelrechten bei der Abnahme nicht. § 640 Abs. 3 BGB verweist nur auf die Abnahme nach § 640 Abs. 1 BGB.

Rechtswirkung des Vorbehalts

Wird die Abnahme unter Vorbehalt von Mängelansprüchen erklärt, ändert dies grundsätzlich nichts an der abgegebenen Abnahmeerklärung. Das heißt, der Werkvertrag gilt als erfüllt und die mit der Abnahme verknüpften Rechtswirkungen treten ein. Die Gewährleistungsfrist beginnt insgesamt für die vertraglich geschuldeten Leistungen. Eine Ausnahme gilt allerdings für die Beweislast. Während grundsätzlich mit der Abnahme die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln auf den Besteller übergeht, bleibt die Beweislast für eine mangelfreie Leistung im Zusammenhang mit den vorbehaltenen Mängelansprüchen beim Auftragnehmer. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Besteller das Werk gerade nicht als vertragsgemäß gebilligt hat und deshalb ein Übergang der Beweislast auf den Besteller nicht sachgerecht ist.

Anspruchsverlust bei vergessenem Vorbehalt

Das Gesetz knüpft an eine vorbehaltslose Abnahme den Verlust von Ansprüchen. Die Ansprüche auf Nacherfüllung, Kostenerstattung und Vorschuss bzw. Minderung oder Rücktritt kann der Besteller wegen bei der Abnahme erkannter Mängel nur geltend machen, wenn er sich diese Rechte vorbehalten hat. Da gemäß dem Wortlaut des Gesetzes nur die in § 634 Nr. 1 bis 3 BGB bezeichneten Rechte verloren gehen, wenn bekannte Mängel nicht vorbehalten werden, verbleiben dem Besteller für den Fall des vergessenen Vorbehalts die Rechte auf Schadens- und Aufwendungsersatz nach § 634 Nr. 4 BGB.

Umstritten ist, ob dies auch für den sogenannten kleinen Schadensersatzanspruch gilt, mit dem der Ersatz der tatsächlich aufgewandten Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht wird. Der Bundesgerichtshof hatte für das vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geltende Recht wegen der klaren Trennung zwischen den verschuldensunabhängigen Mängelrechten und dem Verschulden voraussetzenden Schadensersatzanspruch keinen Anlass gesehen, dem Besteller diesen Anspruch zu nehmen.

Seit der Schuldrechtsmodernisierung wird jedoch diskutiert, ob der vorbehaltslos abnehmende Besteller Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten geltend machen kann. Es wird kritisiert, dass der vorbehaltslos abnehmende Besteller auf Umwegen zu nahezu identischen Ersatzansprüchen gelangt. Der ihm nach § 634 Nr. 4 BGB verbleibende Schadensersatzanspruch setzt gemäß § 281 BGB eine Nachfrist voraus, sodass der Unternehmer, obwohl er gemäß § 640 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 634 Nr. 1 BGB nicht mehr zur Nacherfüllung verpflichtet ist, im eigenen Interesse bei Setzen einer Frist gemäß § 281 BGB doch noch die Mängel beseitigen muss, wenn er den Schadensersatzanspruch abwehren möchte.

Teilweise wird daher darauf abgestellt, dass der Besteller, dem gemäß § 640 Abs. 3 BGB wegen einer vorbehaltslosen Abnahme kein Nachbesserungsrecht mehr zusteht, keine Frist mehr auf Nachbesserung setzen kann mit der Folge, dass die Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch statt der Leistung fehlt. Der Besteller soll in diesen Fällen somit auf den Mangelfolgeschaden beschränkt bleiben (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 18.12.2015, 1 U 125/14). Die überwiegende Meinung lehnt diese Einschränkung indes ab. Die Frage wurde vom Bundesgerichtshof noch nicht entschieden. Es bleibt somit abzuwarten, ob der Schadensersatzanspruch des vorbehaltslos abnehmenden Bestellers eingeschränkt wird.

Da der Nacherfüllungsanspruch verloren geht, steht dem Besteller bei einem vergessenen Vorbehalt kein Leistungsverweigerungsrecht in Höhe der zweifachen Nachbesserungskosten mehr zu (vgl. § 641 Abs. 3 BGB).

Fazit

Da die Abnahme ein so wichtiger Wendepunkt beim Werkvertrag ist, empfiehlt es sich grundsätzlich, eine förmliche Abnahme vorzunehmen, das heißt ein gemeinsames Protokoll zu erstellen, in dem alle Punkte aufgenommen werden. In diesen Fällen wird es nur selten zu Streitfragen des vergessenen Vorbehalts kommen. Bei der Aufnahme von Vorbehalten ist darauf zu achten, das Mangelsymptom konkret zu beschreiben, das heißt, den sichtbaren Mangel zu beschreiben und klarzustellen, wo er festgestellt wurde.

Hierzu können Fotos oder Pläne als Anlage zur Abnahme genommen werden. Gerade bei größeren Abnahmen ist die örtliche Festlegung von großer Bedeutung.

Wenn ein Vorbehalt von Mängeln vergessen worden sein sollte, können über den „Umweg des Schadensersatzes“ weiterhin Ansprüche geltend gemacht werden. Ob sich die Einschränkung dieses Anspruchs auf den Mangelfolgeschaden analog dem OLG Schleswig durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. In Bauverträgen kann zur Vermeidung dieses Ergebnisses vereinbart werden, dass der vorbehaltslos abnehmende Besteller nicht nur die Mängelrechte gemäß § 634 Nr. 1 bis 3 BGB, sondern vollständig alle Rechte aus § 634 BGB verliert. Ob eine solche Vertragsklausel akzeptiert wird, hängt natürlich von der Marktlage ab. ■

Literatur

Buchwitz, W.: Vorbehaltslose Abnahme einer Werkleistung in Kenntnis eines Mangels, in: NJW 2017, 1777 ff.

Sanders, J.: Der mangelhafte Mangelvorbehalt bei der Abnahme, in BauR 2018, 161 ff.

Zur Person



Katharina Orthmann, LL.M.

Rechtsanwältin Orthmann ist Partnerin in der Rechtsanwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte und berät bundesweit Bauträger, Investoren, Architekten und Ingenieure sowie Bauunternehmen zu allen Fragen des privaten Baurechts.

Kontakt

REMBERT.Rechtsanwälte

Tel.: 040 4132290

www.rembert-rechtsanwaelte.de

kanzlei@rembert-rechtsanwaelte.de