

Christian D. Esch, LL.M.

Abnahme und Gewährleistung – Neuigkeiten und große Irrtümer

Elmenhorst Bauleitertag, 04.02.2020

1. Abnahme
2. „Stille“ Abnahme und Zustandsfeststellung
3. Mangelbegriff
4. Verantwortlichkeit für Mängel
5. Recht zur Mängelbeseitigung
6. neuer Schadensbegriff – Ansprüche des AG
7. Der Schaden ist da – die fünf größten Irrtümer!



Teil 1: Abnahme

1. Abnahme: Wann wird abgenommen?

Begriff: Entgegennahme der Bauleistung und ihre Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß

Abnahme ist Hauptpflicht des Auftraggebers

Voraussetzung: Abnahmereife

- Im Grundsatz vollständige und
- Mangelfreie Leistung
- Im Zeitpunkt des Abnahmetermins
- Abnahmeverweigerung bei wesentlichen bzw. nicht nur unwesentlichen Mängeln zulässig (§ 12 VOB/B, § 640 BGB)

1. Abnahme: Warum überhaupt Abnahme?

Umwandlung von Erfüllungs- in Gewährleistungsansprüche

Beweislastumkehr

Fälligkeit der Vergütung

Gefahrübergang

Beginn der Gewährleistungsfristen

Wegfall nicht vorbehaltenen Mängel

Wegfall nicht vorbehaltenen Vertragsstrafe

2. fiktive Abnahme: neue Auftragnehmerschutzregel

§ 640 Abs. 2 BGB

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 Gründen verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

2. fiktive Abnahme: was ist neu?

(angemessene) Frist zur Abnahme

keine Angabe von Mängeln

bei Verbrauchern: Hinweispflicht in Textform!

führt zu:

Abnahme!!!!

mehr als 2 Wochen müssen Sie sich nicht gefallen lassen!

2. fiktive Abnahme: Zustandsfeststellung

§ 650g Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme,
Schlussrechnung

(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.

gemeinsames Aufmaß und Mangelzusammenstellung

2. fiktive Abnahme: einseitige Begehung

(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 fernbleibt, 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 stellen.

2. fiktive Abnahme: Beweislastumkehr

(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.

Praxishinweis: Einsetzen, sich nicht verträsten lassen!
völlig unklar: Was ist mit Beschädigungen durch Dritte?



Teil 2: Mängel

3. Mangel: Mangelbegriff

**Ein Schaden ist das Problem
des Bauherrn.**

**Er wird nur zum Problem der
sonstigen Baubeteiligten,
wenn auch ein Mangel
vorliegt!**

3. Mangel: Mangelbegriff

**Ein Mangel ist die
Abweichung der
Ist-Beschaffenheit von der
Soll-Beschaffenheit**

3. Mangel: Mangelbegriff

Soll-Beschaffenheit:

1. Ausdrückliche Vereinbarung (LV, Pläne, Bemusterungen etc.)
2. Geeignet für die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Arbeitsstätten sollten der Arbeitsstättenrichtlinie entsprechen)
3. Geeignet für die übliche Verwendung
und
Keine Verletzung der allgemein anerkannten Regeln der Technik
und
Bei der Abnahme vorhanden oder angelegt

3. Mangelbegriff: Zusammenfassung

Nur, weil der Bauherr unglücklich ist, ist das Werk oder die Kaufsache nicht mangelhaft.

Wenn etwas nicht funktioniert, ist es nicht unbedingt mangelhaft. Manchmal ist es einfach nur kaputt.

4. Verantwortung für Mängel

- **Planungsverantwortung**
 - beim Planer für alle Leistungen, die er plant oder nicht plant
 - beim Bauunternehmer immer dann, wenn er selber plant
 - egal, ob bezahlt oder nicht.
- **Ausführungsfehler**
 - allein beim Bauunternehmer
 - kein Anspruch auf Überwachung

4. Verantwortung für Mängel: Bedenkenanzeige

Bedenkenanzeige gegen

- Planungsfehler
- unvollständige Planung
- Vorleistungen
- vom Auftraggeber gelieferte Baustoffe

Inhalt:

- rechtzeitig
- verständlich
- vollständig
- ggf. Hinweis auf Bauzeitfolgen
- keine Lösungsvorschläge, sonst Haftungsrisiko

5. Recht zur Mängelbeseitigung

Der Auftragnehmer hat immer ein Recht, den Mangel zu beseitigen.

- angemessene Frist zur Mängelbeseitigung
- ggf. mehrere Versuche der Mängelbeseitigung, in der Regel aber nicht mehr als 2
- Zumutbarkeit (extreme Ausnahme der Unzumutbarkeit)
- keine Mängelbeseitigung ultimatativ verweigern!

6. Schadensbegriff

Primärschaden:

Beseitigung des Mangels und Herstellung des ordnungsgemäßen Zustands, vorrangig durch Nachbesserung (solange möglich).

Sekundärschaden (bei Verschulden ersetzbar):

- Beschädigung anderer Leistungen oder Sachen
- Verzögerungen
- Nutzungsausfälle, Mietausfälle
- Sachverständigenkosten und Überwachungskosten
- Mehraufwand (Energie, Teuerung, etc.)
- Rechtsanwaltskosten

6. Schadensbegriff: neue BGH-Rechtsprechung

- Vorschuss für Mängelbeseitigung mit Nachweis der Durchführung und Abrechnung
- alt: fiktive Mängelbeseitigungskosten netto
- neu: Minderwert der mangelhaften Leistung
- BGH wird darüber im gemeinsamen Senat entscheiden!

III. Was kann ich tun?

- Ordnungsgemäße Prüfung der Vorgaben und Waren,
 - Ordnungsgemäße Koordination und Überwachung,
 - Schulung der Mitarbeiter,
- und das alles nützt nichts ohne

Ordnungsgemäße Dokumentation!

7. Die fünf größten Irrtümer bei Schäden

Nummer 5:

Wenn ich dem Nachunternehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt habe, die er nicht einhält, kann ich den Mangel auf seine Kosten beseitigen!

Antwort:

Das stimmt nur nach Abnahme (§ 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B)! Vor Abnahme ist notwendige Voraussetzung einer Kündigung nach § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B, dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erfolgt!

Nicht ausreichend:

... werden wir unserem Auftraggeber empfehlen zu kündigen...

... werden wir entscheiden, ob wir kündigen

o.ä.

7. Die fünf größten Irrtümer bei Schäden

Nummer 4:

Wenn die Frist, die der Bauherr mir für die Mängelbeseitigung gesetzt hat, zu kurz ist, kann ich die ignorieren...



Antwort:

Eine unangemessen kurze Frist setzt eine angemessene Frist in Lauf. Es ist zwingend erforderlich, dass der Auftragnehmer auf die zu kurze Frist reagiert, sonst kann der Auftraggeber davon ausgehen, dass die Frist als solche ok ist!

7. Die fünf größten Irrtümer bei Schäden Nummer 3:

Wie lange ist eigentlich so eine Gewährleistungsfrist? Nach BGB? Nach VOB/B? Für verdeckte Mängel? Für arglistig verschwiegene Mängel?



Antwort:

BGB: 5 Jahre

VOB/B: 4 Jahre, ausnahmsweise 2 Jahre

Vertrag: auch 10 Jahre zulässig

VERDECKTE MÄNGEL GIBT ES NICHT!!!!

arglistig verschwiegene Mängel: 3 Jahre ab Kenntnis, max. 10 Jahre



7. Die fünf größten Irrtümer bei Schäden Nummer 2:

Wenn ich zu einem Mangel gerufen werde, und es ist kein Mangel in meinem Gewerk vorhanden, darf ich die Anreise beim Auftraggeber in Rechnung stellen.

Antwort

Nein! Der BGH hat entschieden, dass dies nur ausnahmsweise dann möglich ist, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer mutwillig in Anspruch genommen hat (z.B. wenn der Maler wegen einer mangelhaften Lüftung gerufen wird etc.). Im Gegenteil kann die Aussage, nur bei Vorliegen einer solchen Zahlungsübernahme zu kommen, als endgültige Erfüllungsverweigerung angesehen werden.

Trotzdem: Man kann es ja mal versuchen...



7: Die fünf größten Irrtümer bei Schäden Und die absolute Nummer 1:

Bei schlechtem Wetter muss ich keine Mängel draußen beseitigen, sondern kann warten, bis das Wetter wieder gut ist. Und die Frist von einer Woche ist sowieso viel zu kurz.

Antwort:

Nein! Der BGH weist immer wieder darauf hin, dass der Auftragnehmer bei der Mängelbeseitigung alle denkbaren Anstrengungen unternehmen muss, um schnell zu sein, ggf. andere Baustellen stillstehen lassen, Überstunden und Nachtarbeit anordnen und ggf. sogar betroffene Bereiche einhausen und beheizen muss.



Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Christian Esch LL.M.

Partner

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Graf von Westphalen

Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft

Poststraße 9 – Alte Post

20354 Hamburg

c.esch@gvw.com

T +49 40 35922- 116

F +49 40 35922- 238



