



Kann ein Mangel schon vor Abnahme vorliegen?

Kann ein Mangel schon vor Abnahme vorliegen?

Mit der Frage, ob ein Mangel schon vor Abnahme vorliegen kann, korrespondiert die Frage, ob die Mängelgewährleistungsrechte auch schon vor der Abnahme zur Anwendung gelangen können.

Nach h.M. ist im Werkvertrag – wie auch im Kaufvertrag – der Übergang zwischen der Anwendbarkeit des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und den Gewährleistungsrechten grundsätzlich am Gefahrübergang zu orientieren. Daher wird die (vorbehaltlose) Abnahme als maßgeblicher Zeitpunkt angesehen, zu welchem der Besteller auf die Gewährleistungsrechte zugreifen kann.

Fraglich ist, ob ein Mangel schon vorher angenommen werden kann. **Der BGH** bejaht dies in bestimmten Einzelfällen.

In seinem Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 stellt der BGH in den Leitsätzen klar:

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

b) Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-) Erfüllung des Vertrags 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.“

Der Besteller kann demnach in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen. Das ist nach dem BGH zu bejahen, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein **Abrechnungsverhältnis** übergegangen ist.

Macht der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend oder erklärt er die Minderung des Werklohns, so findet nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum alten Schuldrecht eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 Rn. 26; Urteil vom 10. Oktober 2002 - VII ZR 315/01, BauR 2003, 88, 89, juris Rn. 11 = NZBau 2003, 35; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399, 1400, juris Rn. 13; jeweils m.w.N.).

An dieser Rechtsprechung hält der BGH auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes jedenfalls für den Fall fest, dass der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlangt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB, ist der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Nichts anderes gilt, wenn der Besteller im Wege der Minderung nur noch eine Herabsetzung des Werklohns erreichen will. Auch in diesem Fall geht es ihm nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung und damit um die Erfüllung des Vertrags (BGH, Urteile vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 und VII ZR 193/15, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).



HINWEIS

Verlangt dagegen der Besteller nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen, erlischt der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht. Denn das Recht zur Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuss lassen den Erfüllungsanspruch (§ 631 BGB) und den Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) unberührt. Der Besteller ist berechtigt, auch nach einem Kostenvorschussverlangen den (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend zu machen.

Ausnahmsweise kann die Forderung des Bestellers, ihm einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu zahlen, zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann.

Das ist etwa der Fall, 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, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt

Lorenz kritisiert diesen Ansatz als zu kompliziert und schlägt daher vor die Gewährleistungsrechte **generell** schon ab dem Zeitpunkt anzuwenden, an dem der Unternehmer dem Besteller das Werk als abnahmereif anbietet.

In der Klausur haben Sie die Freiheit jede Ansicht zu vertreten, dennoch sollten Sie die Ansätze – in geeigneten Fällen insb. die Ansicht des BGH (Abrechnungsverhältnis) – darstellen und kurz erörtern.

<https://www.juracademy.de>

Stand: 24.02.2020