

# Jahrelang ein Diskussionsstoff. Nun ist es vom BGH entschieden.

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

2. 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 Vertrages 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.

#### Autorin:

Birgit Appenrodt, Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Bau- und  
Architektenrecht  
Magdeburg

Bei der Frage, ab wann der Auftraggeber Mängelrechte mit Erfolg geltend machen kann, kommt es maßgeblich darauf an, ob die Vertragsparteien einen BGB- oder einen VOB/B-Bauvertrag geschlossen haben. Haben die Vertragsparteien die Geltung der VOB/B vereinbart, so kann der Auftraggeber Mängelrechte nicht nur nach der Abnahme, sondern auch bereits vor der Abnahme geltend machen. Insoweit regelt § 4 Abs. 7 VOB/B Mängelrechte des Auftraggebers für den Fall, dass Leistungen des Bauunternehmers schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden. In diesem Fall ist der Bauunternehmer verpflichtet, die Mängel bereits vor der Abnahme auf eigene Kosten zu beseitigen. Hat der Bauunternehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Bauunternehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Be-

seitigung des Mangels setzen und erklären, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen wird. Darüber hinaus regelt § 13 VOB/B die Mängelrechte des Auftraggebers nach erfolgter Abnahme. Ein ganz entscheidender Unterschied zwischen den Mängelansprüchen des Auftraggebers nach § 4 Abs. 7 VOB/B vor der Abnahme und den Gewährleistungsansprüchen des Auftraggebers gemäß § 13 VOB/B nach der Abnahme besteht darin, dass der Bauunternehmer vor Abnahme nachweisen und im Streitfall beweisen muss, dass die von ihm erbrachten Leistungen mangelfrei und vertragsgemäß erbracht worden sind. Nach der Abnahme muss der Auftraggeber das Vorhandensein eines Mangels nachweisen und soweit Streit darüber besteht, ob ein Mangel vorliegt, diesen auch beweisen.

Ein weiterer ganz entscheidender Unterschied besteht darin, dass der Auftraggeber, soweit er Mängelrechte vor der Abnahme geltend macht, zunächst den Bauunternehmer, sodann dieser seiner Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nachkommt, eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären muss, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen wird. Nach sodann erklärter Kündigung seitens des Auftraggebers, für welche § 8 Abs. 5 VOB/B die Schriftform vorschreibt, kann der Auftraggeber zur Selbst-

vornahme schreiten. Soweit der Auftraggeber Mängelrechte nach der Abnahme geltend macht, bedarf es einer Kündigungsandrohung und nachfolgenden Kündigung nicht. Vielmehr kann der Auftraggeber, sodann der Bauunternehmer seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung innerhalb einer ihm vom Auftraggeber angemessenen Frist nicht nachkommt, die Mängel auf Kosten des Bauunternehmers beseitigen lassen.

Die Frage, ob der Auftraggeber bei einem BGB-Bauvertrag Mängelrechte auch bereits vor der Abnahme geltend machen kann, ist bislang in den juristischen Fachkreisen und in der Rechtsprechung kontrovers diskutiert worden. Erstmals mit den Entscheidungen des BGHs vom 19.01.2017 schafft dieser nunmehr Klarheit dahingehend, dass der Auftraggeber bei einem BGB-Bauvertrag Mängelrechte grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes mit Erfolg geltend machen kann. Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich insofern bei einem BGB-Bauvertrag grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme kann der Bauunternehmer frei wählen, wie er den Anspruch des Auftraggebers auf mangelfreie Herstellung erfüllt. Hierbei lässt sich der BGH davon leiten, dass dem Auftraggeber vor der Abnahme ein Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB zusteht, der ebenso wie der Anspruch auf Nachbesserung (umgangssprachlich Nachbesserung) aus § 634 Nr. 1 BGB die mangelfreie Herstellung des Werkes zum Ziel hat. Der Auftraggeber kann diesen Anspruch einklagen und, falls notwendig, auch vollstrecken.

Der Auftraggeber kann allerdings in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB, wie den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 634 Nr. 2 BGB), vom

Vertrag zurücktreten oder die Vergütung mindern (§ 634 Nr. 3 BGB) oder Schadenersatz oder Ersatz der verbliebenen Aufwendungen verlangen (§ 634 Nr. 4 BGB) ohne Abnahme geltend zu machen. Dies, wenn der Auftraggeber nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Hierzu ist es jedoch nicht ausreichend, wenn der Auftraggeber vom Bauunternehmer einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen verlangt, da damit der Erfüllungsanspruch des Bauunternehmers nicht erlischt. Ein Abrechnungsverhältnis entsteht nur dann, wenn der Auftraggeber ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Bauunternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-) Erfüllung durch den Auftraggeber abgelehnt wird.

#### Die wichtigste Konsequenz für die Praxis lautet:

Haben die Vertragsparteien die VOB/B vereinbart, stehen dem Auftraggeber Rechte auf Beseitigung des Mangels sowohl vor der Abnahme als auch nach der Abnahme zu. Haben die Parteien einen VOB/B-Bauvertrag geschlossen, kann der Auftraggeber die in § 634 BGB geregelten Mängelrechte grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes mit Erfolg geltend machen. Meint der Auftraggeber bei einem geschlossenen BGB-Bauvertrag dennoch das Recht zu haben, bereits vor der Abnahme selbst die Mängel beseitigen zu lassen, oftmals sogar ohne den Bauunternehmer zuvor die Mängel anzuzeigen, geht er in der Regel leer aus.

(BGH, Urteil vom 19.01.2017  
– VII ZR 301/13  
BGH, Urteil vom 19.01.2017  
– VII ZR 235/15)