

## **BGH: Keine Gewährleistung ohne Abnahme!**

Mit einer Entscheidung vom 19.01.2017 (VII ZR 301/13) hat der BGH folgende im Zusammenhang mit Bauleistungen immer wieder auftretende Fallkonstellation geklärt:

Ein Bauunternehmer arbeitet offenkundig mangelhaft, weswegen der Bauherr nicht bereit ist, die Bauleistungen abzunehmen, sondern den Bauunternehmer dazu auffordert, die Mängel zu beseitigen. Dem kommt der Bauunternehmer aber nicht nach, weswegen der Bauherr nun die Mängel von einem Dritten beheben lassen will und dafür von dem Bauunternehmer einen Kostenvorschuss verlangt.

Dieser Kostenvorschussanspruch ist einer von mehreren Gewährleistungsansprüchen, die ein Bauherr geltend machen kann, wenn die Leistungen des beauftragten Bauunternehmers mangelhaft sind. Allerdings setzen diese Gewährleistungsansprüche voraus, dass die erbrachten Bauleistungen vom Bauherrn abgenommen, also als „im Wesentlichen vertragsgerecht“ akzeptiert wurden.

Aber wieso sollte man eine Bauleistung abnehmen, obwohl sie nicht abnahmefähig ist?

Hinzu kommt, dass die Abnahme u.a. zur Folge hat, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers fällig wird, dass die Verjährungsfrist für Mängel zu laufen beginnt und dass ab dem Zeitpunkt der Abnahme der Bauherr für das Vorliegen von Mängeln beweisbelastet ist, wohingegen bis zur Abnahme der Bauunternehmer die Mangelfreiheit seiner Leistungen beweisen muss.

Zwar stehen einem Bauherrn gegen den mangelhaft arbeitenden Bauunternehmer auch ohne Abnahme noch anderweitige Rechte zu – aber eben nicht die gesondert auf den Bau- bzw. Werkvertrag zugeschnittenen Gewährleistungsansprüche, wie z.B. den eingangs dargestellten Kostenvorschussanspruch, der für den Bauherrn den Vorteil hat, dass er für die Kosten der Mangelbeseitigung nicht in Vorleistung treten muss.

Um zu vermeiden, dass Bauherren aufgrund dieser Rechtslage faktisch gezwungen werden, Bauleistungen trotz vorhandener Mängel abzunehmen, war man sich bislang überwiegend einig, dass eine Abnahme als Voraussetzung für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen zumindest dann nicht erforderlich ist, wenn der jeweilige Bauunternehmer sich hinsichtlich der von ihm produzierten Mängel uneinsichtig zeigt und eine Nachbesserung ablehnt.

Das war vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage zwar etwas „zusammengemogelt“, aber eben praktikabel.

Dem hat der BGH mit der oben zitierten Entscheidung nun ein Ende bereitet. Der BGH hat – für die Praxis unbefriedigend, dogmatisch aber zutreffend – klargestellt, dass ein Bauherr die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche „*grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann*“.

Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, diese unbefriedigende Rechtslage, die seit Jahren diskutiert wird, zu ändern. Allerdings wird sich wohl nichts ändern. Es hätte sich angeboten, die erforderlichen Gesetzesänderungen im Rahmen der bevorstehenden Reform des Werkvertragsrechts vorzunehmen. Nach heutigem Stand ist das aber nicht geplant.

Bauherren tragen also auch weiterhin (u.a.) das Risiko, auf erheblichen Kosten für vorschnell beauftragte Mangelbeseitigungsmaßnahmen sitzen zu bleiben. Das lässt sich aber durch vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten oder aber durch sorgsames Vorgehen gegenüber dem Bauunternehmer vermeiden.

Philipp Oberbrunner

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht