

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

# Garantie, Gewährleistung und anderes Teufelszeug

RA Dr. jur. Hans-Michael Dimanski



---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

# 10 Thesen ... zur Provokation

---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

# 1. Es gibt in Deutschland kein Gewährleistungsproblem.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

2.  
Die Diskussion von  
Gewährleistungsfristen ist völlig  
überbewertet.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

3.  
Die gesetzlichen Pflichten zur  
Gewährleistung sind für  
Unternehmer keine Hürde.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

4.  
Nicht, weil die Hürde zu hoch ist,  
scheut das Pferd, sondern weil es  
nicht weiß, was dahinter kommt.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

5.  
Die Unkenntnis des Themas  
„Gewährleistung“ wird von der  
Wirtschaft großzügig finanziert.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

6.  
Ebenso wenig, wie jeder Hund ein  
Dackel ist, stellt jeder Mangel, der  
sich in der Gewährleistungsfrist  
zeigt, einen Gewährleistungsfall  
dar.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

7.  
Ein Leistungsversprechen zur  
Verdoppelung der gesetzlichen  
Gewährleistungsfrist ist (nahezu)  
risikolos.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

8.  
Gewährleistung hat mit Garantie  
so viel zu tun, wie Bayern mit  
Preußen. Weder lieben sie sich,  
noch passen sie zusammen.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

9.  
Garantien haben keinen  
Mehrwert, zumindest nicht für das  
Handwerk.

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

10.  
Wer rechtlich alles richtig macht,  
ist auf dem besten Weg zum  
kundenfreien Betrieb.

---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

## Altes und Neues zur Abnahme

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

## ...zunächst: Altes zur Abnahme

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

**Die Abnahme als Dreh- und Angelpunkt**

- Abnahme bedeutet Billigung der Leistung des AN als der Hauptsache nach vertragsgemäß und frei von wesentlichen Mängeln. (körperliche Entgegennahme)
- Abnahme ist Willenserklärung, die ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann. (subjektive Erklärung)

12.04.19 15 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

---

---

---

---

---

---

---

---

### Arten der Abnahme im Werkvertrag

- tatsächliche Abnahme (ausdrücklich od. stillschweigend) 640 BGB
- förmliche und fiktive Abnahme ( § 12 VOB/B)

12.04.19

16

---

---

---

---

---

---

---

---

### Achtung: Konkludente Abnahme ist selten

- AGB-Klausel, nach der die (Teil-)Abnahme allein und damit unweigerlich an die tatsächliche Ingebrauchnahme des Vertragsgegenstands geknüpft wird, ist unwirksam.
- Eine konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme ist ausgeschlossen, wenn der Besteller durch das Erheben von Beanstandungen erkennen lässt, dass er das Werk nicht als vertragsgemäß gelten lässt.

*OLG Koblenz, Urteil vom 19.10.2016 - 5 U 458/16*

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

### Rechtsfolgen der werkvertraglichen Abnahme

- Erfüllungsstadium endet, Gewährleistung beginnt
- Beweislastumkehr
- Beginn Gewährleistungsfrist
- Gefahrenübergang
- Ausschlusswirkung bei nicht vorbehaltenen Vertragsstrafen u. Mängeln
- Vergütungsanspruch
- Zinspflicht

12.04.19

18

---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

## Wann darf durch den AG eine Abnahme verweigert werden?

---

---

---

---

---

---

---

---

### Abnahmeverweigerung

- AG ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen (§ 640 Abs.1, Satz 1 BGB)
- Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden (§ 640 Abs. 1, Satz 2 BGB)
- Folge der Verweigerung: Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist
- Rechtsverluste für bekannte Mängel, die zur Abnahme nicht vorbehalten werden

12.04.19 20 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

---

---

---

---

---

---

---

---

### Wesentliche oder unwesentliche Mängel

- über die „Wesentlichkeit“ wird in der Praxis trefflich gestritten
- im Einzelfall wird wesentlicher Mangel bestimmt nach Art, Umfang und Auswirkungen
- es kommt auf Zumutbarkeitsgrenze aus objektiver Sicht im Verhältnis zwischen dem Vertragszweck und dem erbrachten Erfolg an

12.04.19 21 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

---

---

---

---

---

---

---

---

### Unwesentlicher Mangel

Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er in seiner Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber als zumutbar angesehen werden kann, abzunehmen.

12.04.19

22

---

---

---

---

---

---

---

---

### Wann ist abzunehmen?

- auf Verlangen ist der Auftraggeber gehalten, binnen (ca.)12 Werktagen eine Abnahme durchzuführen
- förmliche Abnahme ist immer dann durchzuführen, wenn eine der Vertragsparteien dies verlangt
- Abnahmeverlangen kann zu jeder Zeit der Baudurchführung entweder vom Auftraggeber oder auch vom Auftragnehmer erhoben werden, wenn es nicht ohnehin vertraglich fixiert ist.

12.04.19

23

---

---

---

---

---

---

---

---

### Muster: Abnahmeverlangen nach BGB

#### Abnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

die \_\_\_\_-Arbeiten am Bauobjekt \_\_\_\_

- haben wir am \_\_\_\_ vertragsgerecht fertig gestellt;
- werden wir am \_\_\_\_ fertigstellen.

Hiermit beantragen wir die förmliche Abnahme der Werkleistung. Als Termin für die Abnahme schlagen wir den \_\_\_\_ vor.

Für den Fall Ihrer Verhinderung können Sie einen bevollmächtigten Vertreter bestimmen oder telefonisch einen neuen Termin vereinbaren. Spätestens sollte die Abnahme bis zum \_\_\_\_ stattfinden, damit die Sache abgeschlossen und die Rechnung gelegt werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

12.04.19

24

---

---

---

---

---

---

---

---

**Muster: Abnahmeverlangen nach VOB/B**

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

**Abnahmeverlangen**

Sehr geehrte Damen und Herren,

gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B hat der Auftraggeber die Abnahme der Leistung binnen 12 Werktagen durchzuführen, wenn dies der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - verlangt.

Gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B sind auf Verlangen besonders abzunehmen:

a) in sich abgeschlossene Teile einer Leistung,  
 b) andere Teile der Leistung, wenn sie durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.)

Dementsprechend bitten wir hiermit um Abnahme

-der gesamten vertraglichen Leistung  
 -folgender iSv. § 12 Abs. 2 a VOB/B abgeschlossener Teile der Leistung:

1.) \_\_\_\_\_  
 2.) \_\_\_\_\_

-folgender Teile der Leistung, die iSv. § 12 Abs. 2 b VOB/B durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden:

1.) \_\_\_\_\_  
 2.) \_\_\_\_\_ innerhalb von 12 Werktagen.

Als Termin zur Abnahme wird der \_\_\_\_\_ vorgeschlagen.  
 Wir bitten um Bestätigung des vorgenannten oder Abstimmung eines anderen Termins bis zum \_\_\_\_\_.

Mit freundlichen Grüßen

---

12.04.19 25  DR. DR. MANISQ SCHERMAIL, RECHTSANWÄLTIN

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Muster: Nachfristsetzung Abnahme BGB**

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

**Nachfristsetzung zur Abnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren,

für das Bauvorhaben \_\_\_\_\_ hatten wir Sie mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ um Abnahme unserer

fertig gestellten Leistungen innerhalb der nächsten 12 Werktage.  
 fertig gestellten in sich abgeschlossenen Teilleistungen am/bis \_\_\_\_\_ gebeten.

Die gesetzte Frist bzw. die Termine sind ergebnislos verstrichen, so dass wir Ihnen eine Nachfrist setzen und darum bitten, die Abnahme nunmehr bis spätestens \_\_\_\_\_ durchzuführen.

Sollte die vorgenannte Frist wiederum ungenutzt ablaufen, machen wir auf die Folgen des Verzugs aufmerksam.

Mit freundlichen Grüßen

---

12.04.19 26  DR. DR. MANISQ SCHERMAIL, RECHTSANWÄLTIN

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

**Muster: Nachfristsetzung Abnahme VOB/B**

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

**Anmahnung der Abnahme mit Nachfristsetzung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ haben wir um Abnahme unserer Leistungen gemäß § 12 VOB/B innerhalb einer Frist von 12 Werktagen gebeten und als Abnahmetermin den \_\_\_\_\_ vorgeschlagen. Bisher hat weder die Abnahme stattgefunden noch wurde, wie erbeten, ein Ausweichtermin vereinbart.

Deshalb wird Ihnen hiermit letztmalig eine Nachfrist zur Durchführung der Abnahme bis zum \_\_\_\_\_

gesetzt. (Dazu schlagen wir nochmals folgende Termine vor:)

Da die Abnahme der Leistung zu den Hauptpflichten des Auftraggebers zählt, befinden Sie sich nach fruchtlosem Fristablauf in Schuldnerverzug und gehen die daraus entstehenden Nachteile zu Ihren Lasten.

Mit freundlichen Grüßen

---

12.04.19 27  DR. DR. MANISQ SCHERMAIL, RECHTSANWÄLTIN

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### Teilabnahme

- Bei BGB-Verträgen
  - nur nach Vereinbarung (detaillierte Regelungen notwendig)
- Bei VOB/B-Verträgen
  - nur für in sich abgeschlossene und fertiggestellte Teile der Werkleistung
  - Rechtsanspruch
  - Teilabnahme ebenfalls rechtsgeschäftliche Abnahmeform
  - von technischer Teilabnahme unterscheiden
  - t.TA nur Feststellung des Zustandes von Teilen einer Leistung, die durch den Baufortschritt weiterer Prüfung entzogen werden

12.04.19

28

---

---

---

---

---

---

---

---

### Muster: Teilabnahmeverlangen

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

#### Abnahmeverlangen nach Fertigstellung von Teilleistungen

Sehr geehrte Damen und Herren,

für das Bauvorhaben \_\_\_\_\_ haben wir Teile unserer vertraglichen Leistungen am \_\_\_\_\_ fertig gestellt, die einer späteren Prüfung bzw. Feststellung nicht mehr zugänglich sein werden. Es handelt sich hierbei um folgende in sich abgeschlossene Teilleistungen:

\_\_\_\_\_

Wir bitten hiermit um förmliche Abnahme der vorgenannten Teilleistungen wegen des Fortgangs der Arbeiten und des Entzuges späterer Feststellungsmöglichkeiten bis zum \_\_\_\_\_.

Mit freundlichen Grüßen

12.04.19

29

---

---

---

---

---

---

---

---

### Urteil: Windowelemente

- Mängelbeseitigung muss die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten (
- Sofern dies mit höheren Kosten verbunden ist, als das ohne die Regeländerung der Fall wäre, liegt dies im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers und ist Folge seiner ursprünglich mangelhaften Leistung (Anschluss an OLG Stuttgart, IBR 2011, 697).
- Entsteht durch die Nachbesserung nach aktuellem Regelwerk ein Mehrwert, kann hierfür eine Ausgleichspflicht des Auftraggebers bestehen.
- OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2019 - 1 U 42/18

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

# Neues zur Abnahme

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

## Neue Abnahmeregungen

- **Erleichterter Eintritt der Abnahmewirkungen** im unternehmerischen Verkehr, wenn der Besteller einem Abnahmeverlangen nicht unter Angabe von Mängeln binnen der gesetzten Frist zur Abnahme widerspricht (§ 640 Abs. 2 BGB).
- Verbraucher muss auf Rechtswirkungen hingewiesen werden
- Einführung eines Anspruchs des Unternehmers auf „**Zustandsfeststellung**“ bezüglich des Bauwerks bei verweigerter Abnahme durch den Besteller (§ 650 g, Abs. 1 BGB).

12.04.19 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

---

---

---

---

---

---

---

---

## Abnahmeverlangen nach § 640 BGB

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aus dem Bauvertrag \_\_\_\_\_ vereinbarten Leistungen sind am \_\_\_\_\_ fertiggestellt.

Nach § 640 BGB sind Sie zur Abnahme der vertragsgemäß erbrachten Leistungen verpflichtet. Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Verweigerung der Abnahme.

Wir fordern Sie daher auf, unsere Leistung innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang dieses Schreibens abzunehmen. Als Termin **zur gemeinsamen Begehung** und Abnahme schlagen wir Ihnen daher den \_\_\_\_\_ um \_\_\_\_\_ Uhr vor.

*(Anmerkung: Termin sollte innerhalb der Frist von 14 Tagen liegen).*

Freundliche Grüße

12.04.19 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE 

---

---

---

---

---

---

---

---

### Konkludente Abnahme und Verbraucherschutz

„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 von Mängeln** verweigert hat. Ist der Besteller ein **Verbraucher**, so treten die Rechtsfolgen des Satz 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 Mängeln verweigerten Abnahme **hingewiesen** hat; der Hinweis muss in **Textform** erfolgen.“  
(§ 640 Abs. 2 BGB)

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

### Muster: Verbraucher-Abnahmeverlangen nach § 640 Abs. 2 BGB

Sehr geehrte Damen und Herren,  
die aus dem Bauvertrag \_\_\_\_\_ vereinbarten Leistungen sind am \_\_\_\_\_ fertiggestellt.  
Nach § 640 BGB sind Sie zur Abnahme der vertragsgemäß erbrachten Leistungen verpflichtet. Unwesentliche Mängel berechtigen nicht zur Verweigerung der Abnahme.  
Wir fordern Sie daher auf, unsere Leistung innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zugang dieses Schreibens abzunehmen. Als Termin **zur gemeinsamen Begehung und** Abnahme schlagen wir Ihnen daher den \_\_\_\_\_ um \_\_\_\_\_ Uhr vor.  
*(Anmerkung: Termin sollte innerhalb der Frist von 14 Tagen liegen).*  
Wir weisen Sie darauf hin, dass unsere Leistung als abgenommen gilt, wenn Sie innerhalb der oben genannten Frist keine Erklärung abgeben oder aber wenn Sie innerhalb der Frist die Abnahme nicht wegen eines Mangels verweigern.

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

Freundliche Grüße

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

### Abnahmeverweigerung hat Folgen

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen **Feststellung des Zustandes** des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.“  
(§ 650 f BGB)

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

### Zustandsfeststellung

- AG verpflichtet, an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken
- Dokumentation vorgeschrieben
- ersetzt nicht die Abnahme
- führt aber zu der **günstigen Vermutungswirkung**
  - dass offenkundige Mängel, die in dem Protokoll nicht genannt sind, erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und
  - daher vom Besteller zu vertreten sind
- außer Mängel, die nach ihrer Art nicht vom Besteller verursacht worden sein können
  - Abdichtungsmängel, Materialmängel, Planungsmängel, Ausführungsmängel, Normverstöße

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Muster:

### Zustandsfeststellung nach § 650g Abs. 2 BGB

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

#### Aufforderung zur Zustandsfeststellung

Sehr geehrte Damen und Herren,  
die \_\_\_\_\_-Arbeiten am Bauobjekt \_\_\_\_\_ haben wir am \_\_\_\_ vertragsgerecht fertig gestellt und übergeben.

Die von uns am \_\_\_\_\_ geforderte Abnahme

haben Sie bislang nicht vorgenommen

haben Sie unter Angabe von Mängeln verweigert.

Deshalb fordern wir Sie zur gemeinsamen Zustandsfeststellung gem. § 650g Abs. 1 BGB auf. Bitte benennen Sie uns einen Termin, so dass die gemeinsame Zustandsfeststellung bis spätestens \_\_\_\_\_ (14 Werktage) stattfinden kann.

Auf die Rechtsfolgen gem. § 650g Abs. 2 BGB machen wir aufmerksam.

Mit freundlichen Grüßen

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Rechtswirkungen der Zustandsfeststellung

*(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 zu stellen.*

(§ 650g, Abs.2)

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Form der Zustandsfeststellung

- soll schriftlich protokolliert werden (§ 650g, Abs. 1 BGB)
- soll Datum der Protokollierung und Unterschriften der Vertragspartner enthalten
- Kosten trägt jeder selbst
- dient der Streitvorbeugung zum erbrachten Leistungsstand und als Grundlage für geänderte Gefahrtragung

*(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.*  
 (§ 650g, Abs. 3 BGB)

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Einseitige Zustandsfeststellung durch AN

- Im Falle des Fernbleibens des AG auf Verlangen zur Zustandsfeststellung
- Datum, Unterschrift und Abschrift an AG
- Beweislastumkehr hinsichtlich von Mängeln
- Erleichterung der Gewährleistungsverpflichtung
- Keine einseitige Zustandsfeststellung wenn beide erscheinen sich aber über Status des Zustandes der Werkleistung nicht einigen können (ggf. selbständiges Beweisverfahren (§§ 485 ff ZPO))

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Zusammenfassung: Abnahme

- Voraussetzungen:
  - Werk muss fertiggestellt sein
  - Angemessene Frist muss gesetzt sein
  - AG reagiert nicht auf Abnahmeverlangen oder widerspricht ohne Angabe von Mängeln
  - bei ausdrücklicher Verweigerung der Abnahme, Pflicht des AG zur Zustandsfeststellung (gilt nur für Bauvertrag)
- Verbraucherschutz: Hinweis auf Rechtsfolgen bei einer fiktiven Abnahme in Textform
- wesentliche Mängel kein Hinderungsgrund für Eintritt der fiktiven Abnahme

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

Kein Thema im Baurecht wird so fehlerhaft behandelt wie ...  
**...die Gewährleistung!**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Sachmängelfreiheit im BGB**

- **§ 633, Abs. 2, Satz 1:** ein Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit aufweist
- **§ 633, Abs. 2, Satz 2:** falls Beschaffenheit nicht vereinbart ist, wenn es sich für die nach Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und so beschaffen ist, wie es bei Werken gleicher Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werkes erwarten kann

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

---

---

---

---

---

---

---

---

**Sachmängelfreiheit nach VOB/B**

- **§ 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B**  
„Der AN hat seine Leistung unter eigener Verantwortung **nach dem Vertrag** auszuführen. Dabei hat er die **anerkannten Regeln der Technik** und die **gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen** zu beachten...“
- **§ 13 Nr. 1 VOB/B**  
„Der AN hat dem AG seine Leistung **zum Zeitpunkt der Abnahme** frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die **vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik** entspricht...“

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

---

---

---

---

---

---

---

---

**Gewährleistungshaftung nur wenn:**

- Mangel im Verantwortungsbereich des AN liegt
- Mangel oder Mangelursache zum Zeitpunkt der Abnahme vorliegt !

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

**Urteil**

„Der normale verbrauchsbedingte Verschleiß einer Werkleistung stellt auch dann keinen Fehler dar, wenn er sich innerhalb der 5-jährigen Gewährleistungsfrist realisiert“  
(LG Stuttgart; 01.06.87)

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

**Garantie**

- ist eine durch den Verkäufer oder Hersteller freiwillig eingeräumte Einstandspflicht dafür, dass innerhalb eines bestimmten Zeitraumes kein Mangel an einer Sache auftritt.
- erfasst auch Mängel erfasst, die erst nach der Übergabe entstehen
- oft länger als die gesetzliche Gewährleistung gewährt
- freiwillig, deshalb auch inhaltlich gestaltbar
- beschränkbar, z.B. keine Übernahme von Versand- oder Arbeitskosten
- Garantieerklärung muss ausdrücklich erfolgen - keine automatischen Ansprüche

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

**Problem:**  
Operative Hektik ersetzt geistige  
Windstille.

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

**Muster:**  
**Kostenfolge bei unberechtigten Mangelanzeigen**

[www.musterschreiben-baurecht.de](http://www.musterschreiben-baurecht.de)

Sehr geehrte Damen und Herren,

gern sind wir bereit, Ihre Mangelanzeige vom \_\_\_\_\_ zu prüfen.  
Sollte es sich um einen Gewährleistungsmangel handeln, werden wir den Mangel selbstverständlich kostenfrei beseitigen.

Sollte sich aus der Prüfung allerdings ergeben, dass die Mangelursachen nicht unserem Haftungsbereich zuzuordnen sind, müssen wir Ihnen die Kosten für An- und Abfahrt, die Fehlersuche ... berechnen.

Bitte teilen Sie uns einen Termin mit, zu dem wir die Mangelprüfung vornehmen sollen.

Mit freundlichen Grüßen

---

12.04.19   
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

---

---

---

---

---

---

---

---

  
DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

**Freiheit ist das Recht, anderen zu  
sagen, was sie nicht hören wollen.**  
George Orwell

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

**Pflicht zur Mangelprüfung**

- Wichtig: Maßnahmen zur Mangelprüfung nicht davon abhängig machen, dass AG eine Erklärung abgibt, ggf. für Kosten zu haften, falls der Mangel kein Gewährleistungsmangel ist (BGH, Urteil vom 02.09.2010, Az.: VII ZR 110/09)
- Mangelprüfung immer – aber Beweislast bleibt nach der Abnahme beim AG

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---



**Fristen im Gewährleistungsrecht**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Kleine Fristenlehre Werkvertragsrecht**

- Verjährungsfristen im Werkvertrag
  - **2 Jahre** für eine Werkleistung, die der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht (§ 634 a Abs. 1 Nr. 1)
  - **5 Jahre** bei Herstellung eines Bauwerks bzw. Arbeiten an einem Bauwerk sowie dazugehörigen Planungsleistungen (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2)

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Gewährleistungsfälle für Werkunternehmer

- Gewährleistung bezieht sich auf Werkleistung insgesamt
  - verbautes Material
  - Einbauleistung
- Problem:
  - Vorwärtshaftung Werkvertragsrecht
  - Regressmöglichkeiten zum Material Kaufrecht

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

### Kleine Fristenlehre Kaufrecht

- Verjährungsfristen im Kaufvertrag
  - **2 Jahre für bewegliche Sachen** (§ 438/1 Nr. 3, Abs. 4 und 5) unabhängig davon ob Käufer Verbraucher oder Unternehmer ist und ob Kaufsache neu oder gebraucht ist
  - **5 Jahre für Baumaterialien**, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise in ein Bauwerk eingebaut werden bzw. bei der Umsetzung eines Werkvertrages Verwendung finden (§ 438, Abs. 1 Nr. 2 b)

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

### Achtung: Baumaterial

- Sachen, die üblicherweise in ein Bauwerk eingebaut werden
- alle Sachen, die für die Erbringung einer Werkleistung beim Vorlieferanten eingekauft werden und die der Neuerrichtung eines Bauwerks oder Erneuerungs- und Umbauarbeiten mit wesentlicher Bedeutung für Bestand und Erhaltung des Gebäudes dienen
- ob klein oder groß, billig oder teuer spielt keine Rolle
- Baustoffe, Materialien, Anlagenteile, Zusatzgeräte, Nachrüstätze etc.
- Haftungszeit nach § 438, Abs. 1 Nr. 2 b – **5 Jahre**

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---



---

---

---

---

---

---

---

---

### BGH, 15.07.2008 (Az. VIII ZR 211/07)

Im Falle der Lieferung mangelhafter Sachen ist der Verkäufer nicht verpflichtet, die Ein- und Ausbaukosten der Mangelsache zu tragen, es sei denn er hat den Mangel an der Sache verursacht.

**Geschichte!**

12.04.19 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

---

---

---

---

---

---

---

---

DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

## Änderungen im Kaufvertragsrecht

---

---

---

---

---

---

---

---

### Neue kaufrechtliche Rückgriffsrechte

- Bauunternehmen, die mangelhaftes Baumaterial gekauft haben und dieses in Unkenntnis bei ihren Kunden verbaut haben, können künftig **Regress bei ihrem Baustofflieferanten** auch im Hinblick auf die anfallenden Aus- und Einbaukosten im Zuge des Einbaus mangelfreien neuen Baumaterials **nehmen** (§§ 439, 478 BGB).

12.04.19




---

---

---

---

---

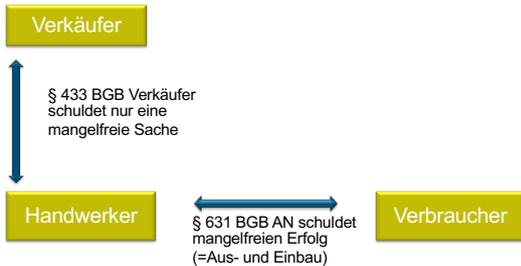
---

---

---

### Hintergrund und Ausgangspunkt der Reform

- Haftungsfälle für Handwerker



12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Kaufrechtliche Mängelhaftung in Zukunft

*(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. § 442 Abs. 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.*

(§ 439 Abs. 3 BGB)

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Anwendungsbereich

- Umfang
  - Eingebaute Sachen
  - Angebrachte Sachen (Dachrinnen, Leuchten, Farben etc.)
- Nicht erfasst
  - Reine Verarbeitungstätigkeiten
  - Schadenersatz nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 280 Abs 1 BGB

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Was sind erforderliche Kosten?

- „die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache“ (§ 439 Abs. 3 BGB-neu)
- Was sind „erforderliche Kosten“?
  - gesetzlich nicht definiert
  - unbestimmter/ungeklärter Rechtsbegriff
- Faustformel:
  - Welche Kosten entstehen dem Verkäufer, wenn er den Mangel selbst beseitigen würde?

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Beispiele

- Anfahrtskosten zum Kunden
- Fehlersuche zur Verifizierung des Mangels
- Ausbau/Demontage der mangelhaften Sache
- Abwicklung des Umtausches gegen eine mangelfreie Sache oder Zurücksendung der mangelhaften Sache an den Lieferanten (zur Nachbesserung oder zur Rückgabe)
- Ggf. weitere Anfahrtskosten für den Wiedereinbau (soweit sich der Mangel nicht sofort beheben ließ)
- Ggf. Anpassung des neu gelieferten mangelfreien Bauteils bzw. des nachgebesserten Bauteils
- Wiedereinbau/erneute Montage der mangelfreien Sache
- Ggf. neue Funktionsproben und Änderung der Dokumentationen
- Ggf. Aufwendungen für die Abwicklung (Sachbearbeitung für die Abwicklung des Mangelgewährleistungsfalles, sonstige Administrationskosten)

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

### Durchführung der Mangelbeseitigung

- Wahlrecht des Käufers
- Verkäufer ist Anspruchsgegner
- Durchführung der Mangelbeseitigung durch
  - Käufer selbst oder
  - von einem vom Käufer bestimmten Dritten (Wahlrecht)
- Kein Anspruch, dass Verkäufer Mangelbeseitigung vornimmt

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

### AGB

- AGB der Verkäuferseite können das nicht einschränken § 309 Nr. 8 b) bb) BGB-E gestattet nicht, dass hinsichtlich der Leistungen und Aufwendungen bei Nacherfüllung
 

*„die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 und 3 oder § 635 zu tragen oder zu ersetzen;“*
- Gilt nur für Verbraucherverträge
- Nicht einschlägig im Geschäftsverkehr
- aber Indizwirkung über § 307 BGB

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

### AGB – Gesetzesbegründung (S. 39)

- „Ein formularmäßiger Ausschluss oder eine formularmäßige weitreichende Beschränkung der Verpflichtung des Verwenders, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen, Ein- und Ausbauleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwendungsersatz zu leisten, **wird aufgrund der vorgeschlagenen Änderung grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB unwirksam sein.**
- Fälle, in denen eine Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs oder mit Blick auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Bräuche ausnahmsweise als angemessen angesehen werden können, werden durch die Rechtsprechung konkretisiert werden.“

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

### Rückgriffsmöglichkeiten in der Lieferkette

#### § 445 a BGB

- Bei Vorhandensein eines Mangel zum Übergabezeitpunkt kann Lieferant auf Vorlieferanten zurückgreifen, wenn dieser den Mangel zu vertreten hat
- Erfasst werden auch die Nebenaufwendungen hinsichtlich Aus- und Einbaukosten etc.
- Gewährleistungsfristen jeweils vom Übergabezeitpunkt durchgängig gestaltet.

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---



## Sicherheiten

12.04.19

---

---

---

---

---

---

---

---

### Sicherheiten für AN

- Sicherheitshypothek (früher § 648 BGB) bleibt inhaltlich, wird aber im Kapitel zum Bauvertrag angesiedelt (§ 650 e BGB), gilt demnach nur für den Bauvertrag
- Bauhandwerkersicherheit (früher § 648 a BGB) wird ebenfalls im Kapitel zum Bauvertrag angesiedelt (§ 650 f BGB)
- Neu: auch Bauverträge mit einem Verbraucher werden nun der Möglichkeit einer Bauhandwerkersicherheit nach § 650 f BGB unterzogen, außer Verträge nach § 650 i BGB (z.B. Errichtung von Einfamilienhäusern)

12.04.19




---

---

---

---

---

---

---

---

**Bauhandwerkersicherung**

- alter § 648 a BGB wird nun § 650 f BGB
- Inhaltlich bleibt Bauhandwerkersicherung bestehen (gilt nur für gewerblichen Rechtsverkehr; Verbraucher von der Regelung ausgenommen, wenn er einen Verbraucherbauvertrag abgeschlossen hat (schlüsselfertiges Bauen) § 650f Abs. 6, Ziff. 2 BGB
- Privilegierung der Verbraucher entfällt bei anderen handwerklichen Leistungen (Einbau einer Heizungsanlage)

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

*Löse das Problem,  
nicht die  
Schuldfrage.*

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

**...außerdem:**

Viele Probleme erledigen sich von selbst, wenn man sie nicht dabei stört.

Ernst Waldbrunn

12.04.19



---

---

---

---

---

---

---

---

**...ich bin am Ende...**

dimanski@ra-dp.de

Tel.: 0391-53 55 96-16

Fax: 0391-53 55 96 -13

**www.ra-dp.de**



---

---

---

---

---

---

---

---