

Bei sachbezogenen, körperlichen Werkleistungen, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht gilt die zweijährige Verjährungsfrist. Dies betrifft im Baubereich alle Leistungen, die nicht zu einem Bauwerk führen, also etwa Abbruch- oder Rodungsarbeiten.

Außerdem gilt diese Verjährungsfrist für alle Reparaturen an beweglichen Sachen (die Herstellung fällt unter das Kaufrecht).

Hinzuweisen ist aber auch auf die Möglichkeit, durch Vertrag die Verjährung bis auf 30 Jahre zu **verlängern**, § 202 Abs. 2 BGB, oder zu **verkürzen**. Bei einer Verkürzung in **AGB** ist (mit Ausnahmen für die VOB/B) nach § 309 Nr. 8b) ff) BGB zu beachten, dass die fünfjährige Gewährleistungsfrist in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht verkürzt werden darf, die anderen Gewährleistungsfristen können nicht unter ein Jahr verkürzt werden. In Individualverträgen gelten diese Beschränkungen nicht. Auch wenn die Bestimmung des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB für Verträge zwischen Unternehmen nicht direkt anwendbar ist, entnimmt man dem Gesamtkonzept der Gewährleistungsfristen für Bauleistungen und für den Einkauf von Baustoffen, dass die fünfjährige Verjährungsfrist zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen zählt. Daher wäre eine Verkürzung dieser Verjährungsfrist in AGB auch zwischen Unternehmen nach § 307 Abs. 2 BGB unzulässig.

3. Beginn

Beim **Beginn** der Verjährung ist danach zu unterscheiden, in welcher gesetzlichen Frist der Mängelanspruch verjährt.

Die Verjährung der Mängelansprüche beginnt mit der **Abnahme** der Leistung, wenn die gesetzliche Verjährungsfrist **fünf** oder **zwei** Jahre beträgt, vgl. § 634a Abs. 2 BGB.

Beträgt die gesetzliche Verjährungsfrist aber **drei** Jahre, beginnt die Verjährung des Anspruches mit **Schluss des Jahres**, in dem die Abnahme erfolgte, § 632a Abs. 2 BGB.

Wenn keine Abnahme durchgeführt wird, verjähren Ansprüche nach 10 Jahren nach Beendigung des Werkes und Kenntnis vom ausführenden Unternehmer, §§ 195, 199 BGB.

Einer Abnahme ist die Zahlung des Werklohnes gleichzusetzen. Auch ein Anerkenntnis oder ein Vertrag über die Fertigstellung erfüllen die gleichen Voraussetzungen, ebenso die Kündigung des Vertrages gem. §§ 634a Abs. 2, 218 BGB.

4. Arglistig verschwiegene Mängel

Nach § 634a Abs. 3 BGB verjähren auch Ansprüche wegen arglistig verschwiegener Mängel innerhalb der Regelverjährungsfrist von **drei Jahren**, wenn nicht sowieso eine längere Verjährungsfrist gilt. Dann bleibt es bei der anderen, längeren Verjährungsfrist. Diese Verjährung beginnt aber erst, wenn der Auftraggeber Kenntnis vom Mangel hat oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht hat.

5. Hemmung/Neubeginn

Es bestehen eine Reihe von Möglichkeiten, das Ende der Verjährungsfrist **hinauszuschieben**. Aus Gründen der Darstellung sind die Möglichkeiten zur Hemmung auf S. 196 ff. und zum Neubeginn auf S. 207 bei der Verjährung von Werklohnansprüchen ausführlich dargestellt. Auf diese Ausführungen muss an dieser Stelle verwiesen werden.

Auch nach Ende der Gewährleistungszeit darf sich der Auftraggeber allerdings auf Mängel berufen, die er vor Ablauf der Gewährleistungsfrist entdeckt hat, auch wenn er sie dem Auftragnehmer nicht mitgeteilt hat. Wegen dieser Mängel darf er die Zahlung des restlichen Werklohnes auch nach Ablauf der Gewährleistungszeit verweigern (BGH Urt. v. 5.11.2015, VII ZR 144/14, ZfBR 2016, 140).

IV. Mängelansprüche nach der VOB/B

VOB/B und BGB ähneln sich bei vielen Regelungen sehr. Die VOB/B geht jedoch von einer besonderen Kooperationspflicht der Vertragspartner aus und enthält daher viele Androhungs- und Ankündigungspflichten, die verhindern sollen, dass einer der Partner aus heiterem Himmel massive Sanktionen ergreifen kann. Damit geht die VOB/B ganz deutlich einen eigenen, praxisgerechten Weg.

Im Unterschied zum BGB gibt die VOB/B dem Auftraggeber außerdem bereits vor der Abnahme die Möglichkeit, Mängelansprüche geltend zu machen.

1. Wann liegt ein Mangel vor?

Der Mangelbegriff der VOB/B entspricht inhaltlich voll und ganz dem Mangelbegriff im BGB, auch die oben auf S. 121 f. dargestellte Prüfungsfolge ist die gleiche. Die Verfasser der VOB/B haben lediglich die etwas unübersichtliche Formulierung des BGB gestrafft. Außerdem

4. Teil

Ansprüche bei mangelhafter Leistung

enthält § 13 Abs. 1 VOB/B den ausdrücklichen Hinweis, dass die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss. Dies ist bei BGB-Verträgen genauso, der ausdrückliche Hinweis in der VOB/B dient nur der Klarstellung dieser bei Bauleistungen wichtigen Frage.

Eine Leistung ist nach § 13 Abs. 1 VOB/B **mangelfrei**, wenn sie

- zur Zeit der Abnahme
- die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat und
- den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Ebenso wie das BGB gibt die VOB/B Hilfestellungen für den Fall, dass eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist.

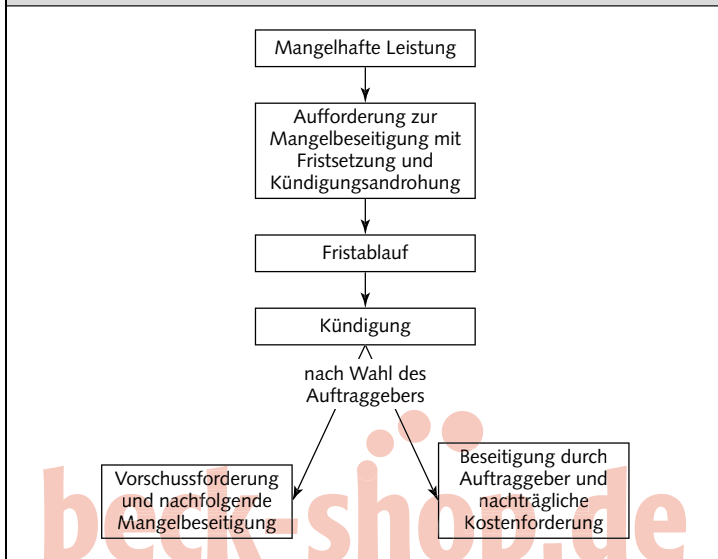
2. Vor der Abnahme

Die Möglichkeiten des Auftraggebers, vor der Abnahme eine Mangelbeseitigung zu erreichen, sind in BGB und VOB/B sehr unterschiedlich geregelt. Das BGB gibt dem Auftraggeber diese Möglichkeit grundsätzlich erst nach der Abnahme, die VOB/B schon davor, aber zum Preis einer Kündigung.

Wenn ein Mangel auftritt, bevor die Leistung des Auftragnehmers abgenommen ist, hat der Auftraggeber primär die Rechte aus § 4 Abs. 7 VOB/B. Danach muss der Auftragnehmer die mangelhafte Leistung durch eine mangelfreie **ersetzen**, also entweder den Mangel beseitigen oder die Leistung neu ausführen. Welche Art der Mangelbeseitigung er wählt, steht in seiner Entscheidung.

Darüber hinaus hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber den **Schaden** zu ersetzen, der dem Auftraggeber durch den Mangel oder die Mangelbeseitigung entsteht. Dies gilt allerdings nur, wenn der Auftragnehmer den Mangel zu vertreten hat.

Oft passiert es aber, dass der Auftragnehmer einen vom Auftraggeber gerügten Mangel nicht beseitigt, aus welchen Gründen auch immer. Nach dem BGB hätte der Auftraggeber vor der Abnahme keine Möglichkeiten, den Mangel im Rahmen der Selbstvornahme selbst zu beseitigen oder den Werklohn zu mindern. Die VOB/B gibt dem Auftraggeber immerhin zwei alternative Handlungsmöglichkeiten: Entweder er lässt die Sache auf sich **beruhen** und prüft bei der Abnahme, ob der Mangel noch besteht, oder er setzt dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung und droht ihm zugleich die **Kündigung** an. Beseitigt der Auftragnehmer den Mangel nicht innerhalb der gesetzten Frist, kann der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen.

Graphik 34: Beseitigung eines Mangels auf Kosten des Auftragnehmers bei VOB/B-Verträgen vor der Abnahme

Der Auftraggeber kann seine Kündigung als **Teilkündigung** auf einen Teil der Leistungen des Auftragnehmers beschränken, er kann also insbesondere den Vertrag hinsichtlich der mangelhaften Leistungen teilkündigen. Allerdings müssen die gekündigten Leistungen einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung darstellen, so § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B.

Die Rechtsfolgen einer solchen Kündigung aus wichtigem Grund sind unten dargestellt (vgl. unten S. 193). Hinzuweisen ist besonders darauf, dass trotz der Kündigung eine **Abnahme** der nicht gekündigten Leistungen durchzuführen ist.

Die Kündigung ist eine sehr wichtige Voraussetzung für eine Fremdnachbesserung. Ganz ausnahmsweise kann der Auftraggeber die für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten auch ohne Kündigung erstattet bekommen, wenn der Auftragnehmer „endgültig und ernsthaft“ die Beseitigung des Mangels verweigert. Auch wenn der Auftragnehmer die Leistungen (mangelhaft) fertig gestellt und die Baustelle geräumt hat, ist eine Kündigung entbehrlich.

Hinweis:

Die VOB/B sieht ebenso wie das BGB vor, dass der Auftraggeber seine Mängelansprüche größtenteils verliert, wenn er einen Mangel bei der Abnahme kennt und sich seine diesbezüglichen Ansprüche nicht vorbehält. Erkennt der Auftraggeber vor der Abnahme Mängel und entscheidet er sich, nicht zu kündigen, muss er bei der Abnahme einen Vorbehalt wegen dieser Mängel erklären (vgl. oben S. 110).

3. Nach der Abnahme

Wenn die Leistung abgenommen ist, stehen dem Auftraggeber die in § 13 VOB/B beschriebenen Rechte zu, und zwar **Nachbesserung** (§ 13 Abs. 5 VOB/B) sowie unter bestimmten Voraussetzungen **Minderung** (§ 13 Abs. 6 VOB/B) und **Schadensersatz** (§ 13 Abs. 7 VOB/B).

Nach § 13 Abs. 5 VOB/B hat der Auftraggeber vor allem Anspruch darauf, dass der Auftragnehmer seine Leistung nachbessert. Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur **Beseitigung** der Mängel setzen. Was eine angemessene Frist ist, lässt sich nicht allgemein sagen, es kommt stets auf den jeweiligen Mangel an. Innerhalb der gesetzten Frist muss eine Beseitigung des Mangels mit dem Einsatz eines „tüchtigen und sorgfältigen“ Auftragnehmers möglich sein, ansonsten ist die Frist zu kurz. Mit dem Setzen einer zu kurzen Frist wird allerdings auch die angemessene Frist in Gang gesetzt, der Fehler kann für den Auftraggeber also folgenlos bleiben. Wenn der Auftragnehmer die Mängel nicht innerhalb der Frist beseitigt, kann der Auftraggeber die Mängel selbst beseitigen, und zwar auf Kosten des Auftragnehmers. Dies muss er dem Auftragnehmer nicht noch einmal androhen.

Unter bestimmten, von der VOB/B in § 13 Abs. 6 VOB/B vorgegebenen Umständen kann der Auftraggeber die **Minderung** der Vergütung fordern. Der Auftraggeber hat also anders als nach dem BGB kein freies **Wahlrecht** zwischen der Minderung und anderen Mängelansprüchen wie Schadensersatz. Er kann vorrangig die Mängelbeseitigung verlangen und **nur dann** eine Minderung geltend machen, wenn

- die Beseitigung des Mangels unmöglich ist **oder**
- sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde **und**
- sie aus diesem Grund vom Auftragnehmer verweigert wird.

Der Auftraggeber kann also insbesondere dann nicht mindern, wenn die Mängelbeseitigung mit einem verhältnismäßigen Aufwand möglich wäre und sie nur deswegen unterbleibt, weil sie der Auftragneh-

mer aus irgendwelchen anderen Gründen nicht durchführt. In diesen Fällen kann der Auftraggeber nur selbst den Mangel beseitigen und dann vom Auftragnehmer Ersatz der Aufwendungen verlangen oder ggf. Schadensersatz fordern.

Die Mängelbeseitigung ist dann mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, wenn der Vorteil des Auftraggebers gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichem Aufwand so geringwertig ist, dass ein offensichtliches Missverhältnis besteht. Die Unverhältnismäßigkeit ist in jedem Einzelfall zu prüfen.

Auch **Schadensersatz** kann der Auftraggeber nur in bestimmten Fällen verlangen, wobei die Unterschiede zum BGB im Ergebnis gering sind. Die VOB/B sieht beim Schadensersatz zwei Stufen vor.

In einer Art ersten Stufe ist geregelt, wann der Auftraggeber Ersatz für Schäden **an der baulichen Anlage** verlangen kann, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung diente. Voraussetzung für einen solchen Schadensersatzanspruch ist, dass

- ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, und
- der Mangel auf ein Verschulden des Auftragnehmers oder seiner Erfüllungsgehilfen zurückzuführen ist.

Der eingetretene Schaden muss sich jedoch nicht auf die von der Leistung berührte bauliche Anlage beschränken. Der Mangel kann auch **weitergehende Folgen** wie Mietausfälle, Nutzungsausfälle, Beschädigung fremder Sachen etc. haben. Diesbezügliche Schadensersatzansprüche sind in einer Art zweiten Stufe zu prüfen.

Solche Schäden muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber nur ersetzen, wenn

- der Mangel auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht, oder
- der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht, oder
- der Mangel in dem Fehlen der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder
- der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder innerhalb einer in § 13 Abs. 7 Nr. 2c) VOB/B näher beschriebenen Versicherung hätte decken können.

Der Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit sind natürlich die häufigsten Ursachen dafür, dass Auftraggeber Schadensersatzansprüche geltend machen können.

4. Bedenkenanmeldung

In der VOB/B ist die Bedenkenanmeldung des Auftragnehmers ausdrücklich geregelt. Nach § 4 Abs. 3 VOB/B soll der Auftragnehmer **schriftlich** und **unverzüglich** Bedenken anmelden, wenn er Bedenken

- gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren),
- gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile
- oder gegen die Leistungen **anderer Unternehmer**

hat. In § 13 Abs. 3 VOB/B ist ergänzend dazu klargestellt, dass der Auftragnehmer auch **für einen Mangel haftet**, der auf

- die **Leistungsbeschreibung** oder
- **Anordnungen** des Auftraggebers,

zurückzuführen ist – außer, er hat die Bedenken nach § 4 Abs. 3 VOB/B angemeldet.

Mit der Bedenkenanmeldung ist es aber nicht getan. Wie auch bei BGB-Verträgen kommt es für das weitere Verhalten des Auftragnehmers auf die Reaktion des Auftraggebers an (vgl. oben S. 131).

5. Verjährung

Die VOB/B enthält in ihrer jetzigen Fassung auch Sondervorschriften für die Dauer der Verjährung und die Verjährungsunterbrechung.

Die **Dauer** der Verjährung ist in § 13 Abs. 4 VOB/B angesprochen. Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbar ist, beträgt danach die Verjährungsfrist für Bauwerke und Arbeiten an Bauwerken **vier Jahre** (vgl. zu diesem Begriff oben S. 139), für Arbeiten an einem Grundstück **zwei Jahre**. **Sonderregelungen** gibt es für vom Feuer berührte Teile von Feuerungsanlagen (zwei Jahre), wobei die Gewährleistungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Fertigungsanlagen sogar nur ein Jahr beträgt. Für wartungsbedürftige maschinelle und elektrotechnischen/elektronische Anlagen oder Teile hiervon, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Wartung nicht übertragen hat, beträgt die Gewährleistungsfrist ebenfalls nur zwei Jahre. Auf die mögliche **Unwirksamkeit** nach § 309 Nr. 8 ff.) BGB von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die eine von § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB abweichende Verjährungsfrist für Arbeiten an Bauwerken vorsehen, muss hingewiesen werden.

Gewährleistungsfrist			
4 Jahre	Für Bauwerke und Arbeiten an Bauwerken		
2 Jahre	Für Arbeiten an einem Grundstück	Für vom Feuerberührte Teile von Feuerungsanlagen	Für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat und der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Wartung nicht übertragen hat
1 Jahr		Für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Fertigungsanlagen	

Tabelle: Überblick über Verjährungsfristen für Mängel

Diese Verjährungsfristen sind kürzer als die gesetzlichen Verjährungsfristen. Als Ausgleich hierfür enthält die VOB/B eine besondere Art der **Unterbrechung** (also Neubeginn einer Frist). Nach §13 Abs.5 Nr.1 VOB/B beginnt eine neue Verjährungsfrist von zwei Jahren, wenn der Auftraggeber einen Mangel schriftlich rügt – aber nur bezogen auf diesen Mangel. Diese Unterbrechung tritt mit Zugang des Mängelbeseitigungsverlangens beim Auftragnehmer ein, mit diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung erneut.

Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten beginnt für diese – und nur diese Leistungen – erneut eine Verjährungsfrist von zwei Jahren.

Berechnungsbeispiel:

Auftraggeber A nimmt am 30.11.2017 die Leistung seines Auftragnehmers K ab. Dem Vertrag liegt die VOB/B zugrunde, zusätzliche Vereinbarungen zu Mängelansprüchen haben A und K nicht getroffen. Die Ver-