



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

## Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 25 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „In den Warenkorb“ oder wenden sich bitte direkt an:

**FORUM VERLAG HERKERT GMBH**

**Mandichostr. 18**

**86504 Merching**

Telefon: 08233 / 381-123

Telefax: 08233 / 381-222

**E-Mail: [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)**

**[www.forum-verlag.com](http://www.forum-verlag.com)**

### 3.4.6 Rechtsverlust bei fehlendem (Mangel-)Vorbehalt

Die Abnahme einer Werkleistung hat erhebliche Bedeutung für die Gewährleistungsrechte des Bestellers. Dies gilt in besonderem Maße, wenn zu diesem Zeitpunkt Bau- oder Planungsmängel bereits vorliegen. Denn ein Besteller, der sich seine Mangelrechte nicht vorbehält, obwohl

- bereits zum Zeitpunkt der Abnahme
- ein Mangel vorliegt und
- der Besteller diesen Mangel kennt,

verliert das Recht, hinsichtlich dieser Mängel Gewährleistungsrechte geltend zu machen.<sup>1</sup>

Nach Auffassung des Gesetzgebers ist der Grund für diese Regelung darin zu sehen, dass ein **Verstoß gegen Treu und Glauben** vorliegt, wenn der Gläubiger – hier also der Besteller – trotz vorbehaltloser Abnahme später Rechte wegen solcher Mängel geltend macht, die ihm bereits im Zeitpunkt der Abnahme bekannt waren.<sup>2</sup>

*Treu und Glauben*

Ein vergleichbares Risiko geht der Besteller ein, wenn der Tatbestand einer – vertraglich vereinbarten – Vertragsstrafe zum Zeitpunkt der Abnahme bereits erfüllt ist. Behält sich der Besteller deren Geltendmachung nicht vor, kann er diese im Nachhinein nicht mehr geltend machen.

*Ähnlich bei Vertragsstrafe*

<sup>1</sup> Vgl. § 640 Abs. 2 BGB.

<sup>2</sup> Vgl. zu den Motiven Zeitler, ZfBR 2007, 216.

### 3.4.6.1 Welche Mangelgewährleistungsrechte gehen verloren?

Der Mangelvorbehalt bezieht sich **nicht** auf **alle Rechte** bzw. Ansprüche, die der Besteller bei Vorliegen eines Baumangels geltend machen kann. Denn das BGB verweist<sup>1</sup> insoweit (nur) auf

- den Anspruch auf Nacherfüllung<sup>2</sup>,
- das Recht auf Selbstvornahme<sup>3</sup> (inklusive des Kostenvorschussanspruchs<sup>4</sup>),
- das Minderungsrecht<sup>5</sup> und
- das Rücktrittsrecht.<sup>6</sup>

*Auch Leistungsverweigerungsrecht*

Ein unterlassener Mangelvorbehalt führt darüber hinaus dazu, dass der Besteller sein Leistungsverweigerungsrecht verliert.<sup>7</sup> Der Besteller kann also wegen des bereits bei Abnahme vorliegenden Mangels später nicht einen angemessenen Teil der Vergütung zurückhalten. Damit **entfällt auch der Druckzuschlag**.

*Schadens- und Aufwendungsersatz bleiben!*

Dem Besteller verbleibt allerdings der Anspruch auf Schadens- und Aufwendungsersatz<sup>8</sup>, denn **auf diese Mangelgewährleistungsansprüche** wird im Zusammenhang mit dem fehlenden Mangelvorbehalt **aus-**

<sup>1</sup> Vgl. § 640 Abs. 2 i. V. m. § 634 Nr. 1 bis 3 BGB.

<sup>2</sup> Vgl. § 634 Nr. 1 i. V. m. § 635 BGB.

<sup>3</sup> Vgl. § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 Abs. 1 BGB.

<sup>4</sup> Vgl. § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 Abs. 3 BGB.

<sup>5</sup> Vgl. § 634 Nr. 3 i. V. m. § 638 BGB.

<sup>6</sup> Vgl. § 634 Nr. 3 i. V. m. §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB.

<sup>7</sup> Vgl. § 641 Abs. 3 BGB.

<sup>8</sup> Vgl. § 634 Nr. 4 i. V. m. §§ 636, 280, 281, 283 und 311a bzw. § 284 BGB.

**drücklich nicht verwiesen.**<sup>1</sup> Hierbei handelt es sich auch nicht um ein Versehen, denn die Ansprüche des Bestellers auf Schadensersatz und Aufwendungsersatz setzen im Vergleich zu den o. g. Gewährleistungsansprüchen bzw. -rechten ein Verschulden voraus. Wo der Unternehmer aber aufgrund eines eigenen Fehlverhaltens haftet, besteht aus Wertungsgesichtspunkten kein Anlass, ihn allein wegen eines fehlenden Vorbehalts bei der Abnahme aus der Haftung zu entlassen.<sup>2</sup>

*Verschulden als  
Korrektiv*

Zu beachten ist allerdings, dass die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch den Besteller in diesen Fällen nur auf eine Geldleistung gerichtet sein kann.<sup>3</sup> Zwar ist Schadensersatz nach dem BGB grundsätzlich im Wege der **Naturalrestitution** zu leisten.<sup>4</sup>

*Schadensersatz-  
anspruch aber nur  
in Geldleistung!*

Es wäre aber **widersprüchlich**, wenn der Besteller, der aufgrund eines unterlassenen Vorbehalts den Anspruch auf Nacherfüllung verloren hat, über den Umweg eines Schadensersatzanspruchs gleichwohl eine Beseitigung des Mangels verlangen könnte. Auf der anderen Seite kann der Besteller gleichwohl den Schadensersatzanspruch **anhand der Mangelbeseitigungskosten berechnen**<sup>5</sup>, was letztlich inhaltlich auf einen **Selbst- oder Ersatzvornahmeanspruch hinausläuft**.

Die **Differenzierung** zwischen Mangelrechten, die ein Verschulden voraussetzen, und solchen, die verschuldensunabhängig bestehen, **bleibt** auch im Übrigen zu

*Hinweis*

<sup>1</sup> Vgl. § 640 Abs. 2 BGB.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 12.05.1980 – VII ZR 228/79.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 08.11.1973 – VII ZR 86/73.

<sup>4</sup> Vgl. § 249 BGB.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 12.05.1980 – VII ZR 228/79; BGH, Urt. v. 18.01.1965 – VII ZR 155/63.

*Verschulden ist selten  
ein Hindernis*

meist eine **theoretische**. Wenn auch das Verschulden – bzw. das Vertretenmüssen – beim Schadensersatzanspruch wie beim Aufwendungsersatzanspruch eine zusätzliche Voraussetzung darstellt, stellt sich diese in der Praxis nur selten als Hindernis heraus. Dies hängt maßgeblich damit zusammen, dass der Besteller nicht verpflichtet ist, ein Verschulden des Unternehmers zu beweisen. Vielmehr ist dieser gehalten, bei Vorliegen entsprechenden Vortrags des Bestellers sich selbst zu entlasten.<sup>1</sup> Diese **Entlastung gelingt** in der Praxis – auch aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung zum Verschulden bei Sachmängeln – **nur in Ausnahmefällen**.

Für den Besteller ist es i. d. R. ausreichend, wenn er das Vorliegen eines Baumangels darlegt (und ggf. beweist). Ist dieser festgestellt, wird der Unternehmer die Entlastung nur selten darlegen und beweisen können. Denkbar ist dies v. a. dann, wenn die Mangelursache nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten nicht bekannt oder vorhersehbar gewesen ist.

*Tipp!*

**Für den Unternehmer kann es sich daher anbieten**, bei berechtigten Mangelrügen nach Abnahme eine Nacherfüllung anzubieten und **sich nicht auf den fehlenden Mangelvorbehalt zu berufen**. Denn i. d. R. wird die Beseitigung des Mangels durch den Werkunternehmer selbst günstiger sein als die andernfalls ggf. zu zahlende Schadensersatzsumme, die zumeist nach den Mangelbeseitigungskosten einer Drittfirma berechnet wird.

<sup>1</sup> Vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.

**Fraglich** ist bei der Geltendmachung des sog. kleinen Schadensersatzes, bei (dem der Besteller nur den durch den Mangel hervorgerufenen Schaden ersetzt verlangt), **ob der Besteller dem Unternehmer noch eine Nachfrist setzen muss**. Grundsätzlich ist eine solche Fristsetzung erforderlich, ehe Schadensersatz geltend gemacht wird. Da der Besteller aber den Anspruch auf Mangelbeseitigung durch den unterlassenen Vorbehalt verloren hat, stünde die Fristsetzung hierzu eigentlich im Widerspruch. Auf der anderen Seite verliert der *Unternehmer* sein Recht zur Nacherfüllung nicht allein dadurch, dass der *Besteller* seinerseits seine Rechte verliert.

*Kleiner Schadensersatz nur bei Fristsetzung?*

Beides korrespondiert nicht zwingend miteinander.<sup>1</sup> Die **besseren Gründe sprechen daher dafür**, dass der Besteller – trotz unterlassenem Mangelvorbehalt und damit des Anspruchsverlusts – dem Unternehmer eine Frist setzen muss, ehe er Schadensersatz verlangt.<sup>2</sup>

### 3.4.6.2 Bei welchen Abnahmeformen ist ein Mangelvorbehalt zu erklären?

Die Regelung zum Rechtsverlust bei fehlendem Mangelvorbehalt bezieht sich zunächst auf die Fälle der **ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Abnahme**. Für die stillschweigende – konkludente – Abnahme hat die Rechtsprechung das Erfordernis des Man-

*Auch bei konkludenter Abnahme*

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Muffler, BauR 2004, 1356.

<sup>2</sup> Vgl. *Pause/Vogel*, in Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 29.09.2013, § 640 Rdnr. 76.

gelvorbehalts zuletzt mehrfach bestätigt.<sup>1</sup> Denn auch eine konkludente Abnahme ist eine rechtsgeschäftliche Abnahme, für die der Mangelvorbehalt ausdrücklich geregelt ist.<sup>2</sup>

*Abnahmefiktion nach  
VOB/B*

Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in denen die Abnahmewirkungen aufgrund einer Abnahmefiktion eintreten. Während die **VOB/B** für die dort genannten Fiktionstatbestände **ausdrückliche Regelungen** enthält und die Regelungen zur Abnahmefiktion der sog. **Fertigstellungsbescheinigung<sup>3</sup> aufgehoben** wurden<sup>4</sup>, ist die Erforderlichkeit des Mangelvorbehalts v. a. für die Fälle streitig, in denen der **Unternehmer dem Besteller eine Frist zur Abnahme setzt** und dieser die Frist ungenutzt verstreichen lässt.<sup>5</sup>

*Vorbehalt bei BGB-  
Fiktion streitig*

Ob auch in diesem Fall ein Vorbehalt zu erklären ist, wenn der Besteller seine Mangelrechte nicht verlieren will, ist umstritten. Nach einer Auffassung<sup>6</sup> soll die Erklärung des Vorbehalts erforderlich sein, nach der Gegenauffassung<sup>7</sup> hingegen nicht.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 27.01.2011 – VII ZR 175/09; BGH, Urt. v. 25.02.2010 – VII ZR 64/09; OLG Naumburg, Urt. v. 08.02.2013 – 1 U 76/12.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 25.02.2010 – VII ZR 64/09 – Rdnr. 30; OLG Hamm, Urt. v. 02.10.2013 – 12 U 5/13.

<sup>3</sup> Vgl. § 641a BGB a. F.

<sup>4</sup> Vgl. Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) BGBl. I S. 2022.

<sup>5</sup> Vgl. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB.

<sup>6</sup> Vgl. *Werner*, in: *Werner/Pastor*, *Der Bauprozess*, 14. Aufl., 2013, Rdnr. 2741; *Sprau*, in: *Palandt*, *BGB*, 73. Aufl., 2014, § 640 Rdnr. 13; OLG Köln, Urt. v. 25.11.1992 – 11 U 137/92.

<sup>7</sup> Vgl. *Kniffka*, in: *Kniffka/Koeble*, *Kompendium des Baurechts*, 2. Aufl., 2004, 4. Teil Rdnr. 24; wohl auch: OLG Celle, Urt. v. 18.09.2003 – 11 U 11/03.

Für die Erforderlichkeit eines Vorbehalts wurde zumeist auf die – zwischenzeitlich aufgehobene – Regelung zur Fertigstellungsbescheinigung verwiesen.<sup>1</sup> Bei der Fertigstellungsbescheinigung war ausdrücklich gesetzlich geregelt, dass ein Mangelvorbehalt nicht zu erklären war, dem Besteller also die Mangelrechte auch ohne Vorbehalt erhalten blieben. Entsprechend hätte es auch für die Abnahmefiktion aufgrund Zeitablaufs nahegelegen, eine ausdrückliche Regelung zu treffen. Dass eine solche nicht vorhanden sei, spreche für die Erforderlichkeit des Mangelvorbehalts.<sup>2</sup>

Auf der anderen Seite gibt es im BGB eine **klare gesetzliche Regelung** zum Mangelvorbehalt. Denn dieser ist nur für die Fälle des § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB – also die ausdrücklich oder konkludent erfolgte Abnahme – zu erklären, nicht hingegen für die Fälle des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB – also der Abnahmefiktion aufgrund Fristablaufs.<sup>3</sup> Für die Erforderlichkeit eines Mangelvorbehalts auch in diesen Fällen wird zudem eine BGH-Entscheidung<sup>4</sup> angeführt, die allerdings zu einer Abnahmefiktion nach der VOB/B ergangen ist. Diese enthält aber – unstrittig – eine eigene Regelung zur Frage des Mangelvorbehalts. Zuzugeben ist allerdings, dass auch im Falle der VOB/B-Abnahmefiktionen allein der Zeitablauf zum Eintritt der Abnahmewirkungen führt.

Aus den letztgenannten Gründen – Parallele zur VOB/B – wird nunmehr wohl überwiegend vertreten, dass auch

---

<sup>1</sup> Vgl. § 641a Abs. 1 Satz 3 BGB a. F.

<sup>2</sup> Vgl. *Werner*, in: *Werner/Pastor*, *Der Bauprozess*, 14. Aufl., 2013, Rdnr. 2741.

<sup>3</sup> So auch *Kniffka*, in: *Kniffka/Koebler*, *Kompendium des Baurechts*, 3. Aufl., 2008, 4. Teil Rdnr. 24.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 12.06.1975 – VII ZR 55/73.

im Rahmen des BGB-Vertrags im Falle einer Abnahmefiktion ein Mangelvorbehalt zu erklären ist.<sup>1</sup> Hierfür mag zum einen sprechen, dass auch im VOB/B-Vertrag die Abnahmefiktion des BGB Anwendung findet<sup>2</sup> und damit ein Gleichlauf hinsichtlich des Erfordernisses eines Mangelvorbehalts erzielt werden kann. Zum anderen dient die VOB/B der Rechtsprechung – zumindest in Bauverträgen – häufig als Vorbild für die Auslegung auch von BGB-Verträgen.

*Gleichlauf VOB/B/  
BGB sinnvoll*

*Hinweis!*

Da eine höchstrichterliche Klarstellung bislang noch aussteht, sollte der **Besteller** daher **vorsorglich** einen **Mangelvorbehalt erklären**, wenn er nicht Gefahr laufen will, Ansprüche und Mangelrechte zu verlieren.

### 3.4.6.3 Was bedeutet Kenntnis des Mangels?

Nach der ausdrücklichen Formulierung des BGB ist der Besteller nur dann verpflichtet, einen Mangelvorbehalt zu erklären, wenn er zum Zeitpunkt der Abnahme positive Kenntnis von dem Mangel hat.<sup>3</sup>

*Besteller muss  
Kenntnis haben*

Der Besteller verliert einen Teil seiner Mangelrechte daher nur dann, wenn er von dem Mangel weiß. Es **reicht** nach einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung **nicht aus, dass der Besteller von einem Bau-**

<sup>1</sup> Unter Aufgabe der bisherigen Auffassung *Kniffka*, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 2008, 4. Teil Rdnr. 24; ohne nähere Begründung: *Sprau*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., 2014, § 640 Rdnr. 13.

<sup>2</sup> Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl., 2014, § 640 Rdnr. 14.

<sup>3</sup> Vgl. § 640 Abs. 2 BGB.

**mangel hätte Kenntnis haben müssen.** Fahrlässige – insbesondere auch grob fahrlässige – Unkenntnis eines Mangels berechtigt den Unternehmer daher nicht, sich auf den Verlust der Mangelrechte zu berufen.<sup>1</sup>

Darüber hinaus soll die Pflicht zur Erklärung eines Mangelvorbehalts durch auslösende **Kenntnis** nicht schon vorliegen, wenn der Besteller um die äußere Erscheinungsform des Mangels (sog. Mangelsymptome) weiß. Vielmehr **erfordere** die Kenntnis auch das **Bewusstsein, dass durch die von ihm realisierte Mangelercheinung der Wert oder die Tauglichkeit der Werkleistung beeinträchtigt wird.**<sup>2</sup>

*Kenntnis der Tauglichkeitsminderung*

Es reicht insbesondere nicht aus, wenn der Besteller bei der Abnahme die Bedeutung und Auswirkung des Mangels nicht übersehen konnte.<sup>3</sup> Auf der anderen Seite soll ein Irrtum bloß über die rechtliche oder wirtschaftliche Tragweite eines Werkmangels einer Kenntnis nicht entgegenstehen.<sup>4</sup>

Erkennt der Besteller zum Zeitpunkt der Abnahme, dass der neu hergestellte Putz Risse aufweist, muss er noch nicht zwingend einen Mangelvorbehalt erklären. Dieser wird erst akut, wenn er erkennt, was die Ursache hierfür ist; etwa eine unzureichende Gründung des Bauwerks.

*Beispiel*

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt etwa OLG München, Beschl. v. 08.02.2012 – 13 U 2928/11; BGH, Urt. v. 20.12.1978 – VIII ZR 114/77 – Juris-Rdnr. 7.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 22.10.1969 – VIII ZR 196/67; BGH, Urt. v. 13.05.1981 – VIII ZR 113/80; KG Berlin, Urt. v. 04.10.1994 – 7 U 355/94.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 09.11.2000 – VII ZR 409/99.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 20.12.1978 – VIII ZR 114/77 zur Kenntnis von einem Rechtsmangel.

*Zeitfaktor: Nur bei  
Abnahme!*

Die strengen Anforderungen an eine – schädliche – Kenntnis des Bestellers gelten auch in zeitlicher Hinsicht. Denn die **Kenntnis muss zum Zeitpunkt der Abnahme aktuell vorhanden sein**. Insbesondere schon vor der Abnahme erklärte Vorbehalte und Bedenken reichen nicht aus, wenn sie nicht in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Abnahme erklärt worden sind und/oder zum Zeitpunkt der Abnahme erkennbar ist, dass sie aufrechterhalten bleiben.<sup>1</sup>

#### 3.4.6.4 Wie ist der Vorbehalt zu erklären?

*Formulierung:  
Keine strengen  
Anforderungen*

An die Formulierung des Vorbehalts selbst sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Der Begriff „Mangelvorbehalt“ muss nicht verwendet werden. Auch eine bestimmte **Form ist nicht vorgeschrieben**. Es kann im Einzelfall auch eine konkludente Erklärung ausreichen. Ergibt sich etwa aus den Umständen, dass eine kurz vor der Abnahme erhobene Mangelrüge deutlich erkennbar aufrechterhalten wird<sup>2</sup>, reicht dies als Mangelvorbehalt grundsätzlich aus.

Ein ausdrücklich erklärter Vorbehalt kann auch entbehrlich sein, wenn zum Zeitpunkt der Abnahme bereits eine gerichtliche Auseinandersetzung über das Vorliegen bestimmter Mängel anhängig ist.

*Beispiel*

Ist zwischen Besteller und Unternehmer etwa ein selbstständiges Beweisverfahren über behauptete Mängel anhängig, muss bei einer währenddessen

<sup>1</sup> Vgl. *Pause/Vogel*, in Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 29.09.2013, § 640 Rdnr. 78 m. w. N.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 12.06.1975 – VII ZR 55/73.

stattfindenden Abnahme ein Mangelvorbehalt dies-  
bezüglich nicht mehr erklärt werden.<sup>1</sup>

Der **Besteller muss** allerdings – in welcher Form auch immer – **zu erkennen geben, dass er nicht bereit ist, den** erkannten und beschriebenen **Mangel hinzunehmen.**<sup>2</sup> Für die Beschreibung des Mangels reicht es aus, wenn der Besteller nicht den Werkmangel selbst, sondern nur die Mangelercheinungen konkret beschreibt. Nicht ausreichend ist es allerdings, wenn der Besteller sich seine Rechte pauschal wegen nicht näher bezeichneter Mängel vorbehält.

Bei der Erklärung eines Mangelvorbehalts durch vom Besteller eingeschaltete Dritte ist Vorsicht geboten. Der vom Bauherrn beauftragte **Architekt** ist z. B. **ohne besondere Bevollmächtigung nicht zur Erklärung des Vorbehalts ermächtigt.** Er bedarf hierzu grundsätzlich einer ausdrücklichen Vollmacht. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Architekt zur Durchführung der förmlichen Abnahme berechtigt ist.<sup>3</sup>

*Dritte müssen ausreichende Vollmacht haben*

Aufgrund der weit reichenden Folgen des Mangelvorbehalts ist dem Besteller dringend zu empfehlen, den Mangelvorbehalt selbst oder durch eine ausdrücklich hierzu befugte Person erklären zu lassen. Darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass die Erklärung des Mangelvorbehalts auch inhaltlich beweisbar gestaltet wird. Es wird daher i. d. R. eine **schriftliche Erklärung** notwendig sein, deren **Zugang** zudem **nachweisbar** sein sollte.

<sup>1</sup> So OLG Köln, Urt. v. 17.09.1982 – 20 U 56/82.

<sup>2</sup> Vgl. *Pause/Vogel*, in Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 29.09.2013, § 640 Rdnr. 77.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 25.09.1986 – VII ZR 276/84; *Werner*, in: *Werner/Pastor, Der Bauprozess*, 14. Aufl., 2013, Rdnr. 2744.

Idealerweise ist daher der Mangelvorbehalt in ein Abnahmeprotokoll aufzunehmen, das von allen Beteiligten unterzeichnet wird.

### 3.4.6.5 Welchen Einfluss hat der Mangelvorbehalt auf die Abnahme?

Ein erklärter **Mangelvorbehalt beeinflusst die Wirkungen der Abnahme im Übrigen nicht**. Insbesondere führt also die gleichwohl erklärte Abnahme zur Fälligkeit des Werklohns, zum Gefahrübergang etc. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, wie schwerwiegend die vorbehaltenen Mängel sind und ob wegen der vorbehaltenen Mängel z. B. die Abnahme auch hätte verweigert werden können.<sup>1</sup> Ist die Abnahme erfolgt, muss sich der Besteller hieran festhalten lassen.

*Abnahme ist  
Abnahme*

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen gilt nur für die Beweislast. Hinsichtlich der vorbehaltenen Mängel bleibt es bei der **Beweislast des Unternehmers**, also bei der Beweislastverteilung, wie sie ohne Abnahme gelten würde.<sup>2</sup> An dieser Beweislastverteilung ändert sich grundsätzlich auch dann nichts, wenn der Besteller den vorbehaltenen Mangel im Wege der Ersatzvornahme beseitigt.<sup>3</sup>

*Ausnahme:  
Beweislast*

<sup>1</sup> Vgl. § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 24.10.1996 – VII ZR 98/94 – Juris-Rdnr. 10; BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07 – Rdnr. 14.

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07 – Rdnr. 16.



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

## Bestellmöglichkeiten



### **Sicherer Umgang mit Gewährleistung und Mängelansprüchen in der Baupraxis**

Für weitere Produktinformationen oder zum Bestellen hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter:

#### **Kundenservice**

☎ **Telefon: 08233 / 381-123**

✉ **E-Mail: [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)**

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt in unserem Online-Shop:

#### **Internet**

🌐 <http://www.forum-verlag.com/details/index/id/5866>