

21. März 2024

IQDF

4. FLACHDACH MANAGEMENT KONGRESS

Themen

1. Gesamtschuldnerische Haftung

Wer haftet wem gegenüber, wann und für was?

2. BGB-Bauvertrag ./ VOB/B-Vertrag

Was gilt wann bzw. wann ist ein VOB/B-Vertrag überhaupt wirksam vereinbart?

3. Haftungsfalle § 377 HGB

Welche Fristen gelten im Rahmen der Rüge von Mängeln bei gekauftem Material?

Referent

Andreas Weglage

Rechtsanwaltskanzlei Weglage Weiligmanns Hof 2c 48346 Ostbevern-Brock www.r-weglage.de
Gréus Rechtsanwälte PartG mbB Wieblinger Weg 17 69123 Heidelberg www.greus.de

Andreas Weglage*

Rechtsanwalt

- **Fachanwalt** für Bau- und Architektenrecht
- **Fachanwalt** für Miet- und WEG-Recht
- **Spezialist** für Vergaberecht

- **Sachverständiger** für die Bewertung v. Gebäuden und Grundstücken

(geprüft TÜV Rheinland Bildung und Consulting GmbH Berlin)

- **Honorar**dozent
- **Fach**autor





Capital: Beste
Anwaltskanzlei
für privates Bau- und Architektenrecht
2020, 2021,
2022 und auch
in 2023 (!)

Inhaltsverzeichnis

Gesamtschuldnerische Haftung
BGB-Bauvertrag ./ VOB/B-Bauvertrag
Haftungsfalle § 377 HGB

- Pause -

Ihre Fragen

Gesamtschuldnerische Haftung

Gesamtschuldnerische Haftung

(WERNER/PASTOR, Der Bauprozess, 18. Auflage, Werner Verlag)

Typische Vertragskonstellation am Bau

Auftraggeber (Bauherr) **Vertrag** Auftragnehmer (Bauunternehmer)

V
e
r
t
r
a
g

Auftragnehmer (Architekt)

Gesamtschuldnerische Haftung

Rechtsfrage bei Mängel für den Bauherrn:

Wer haftet wem gegenüber wann?

Antwort (Grundsatz):

Alle haften für ihre eigenen mangelhaften Leistungen gegenüber dem Bauherrn.

Aber:

Was gilt, wenn mangelhafte Leistungen des Bauunternehmers (Ausführungsmangel) und des Architekten (Planungs- und/oder Bauüberwachungs-mangel) zusammengewirkt haben?

Gesamtschuldnerische Haftung

Die Vielfalt der tatsächlichen Vorgänge bei einem Bauvorhaben und der Umstand, dass ein Bauvorhaben i.d.R. ohne mehrere (selbstständige) Baubeteiligte (z.B. Architekt, ggf. mehrere Bauunternehmer/Handwerker etc.) nicht auskommt, bewirkt die große Schwierigkeit, **bautechnische Vorgänge im Nachhinein zu prüfen**.

Dies beginnt oft schon damit, dass unter Umständen der **Bauschaden erkennbar** ist, **nicht aber der eigentliche Baumangel ohne Weiteres festgestellt** werden kann, weil **verschiedene Schadensverursachungen** in Betracht kommen (OLG Hamburg, BauR 2005, 1339).

Dies ist z.B. bei den häufig auftretenden **Feuchtigkeitsschäden nach der Erstellung eines neuen oder zu sanierenden Flachdachs** eines Bauvorhabens der Fall: Sie können auf eine **mangelhafte Planung und/oder** eine **mangelhafte Unterdämmung und/oder** eine **mangelhafte Dacheindeckung und** eine **mangelhafte Bauüberwachung** zurückzuführen sein.

Gesamtschuldnerische Haftung

Und steht nach eingehender Überprüfung der eigentliche **Baumangel** fest, braucht damit noch nicht der hier für **Verantwortliche** gefunden zu sein.

Der Begriff „**Baumangel**“ bezeichnet lediglich einen **Fehler des Bauwerks**. Mit dieser Bezeichnung steht aber **noch nicht fest, wer für diesen Fehler rechtlich einzustehen hat**.

Ein Baubeteiligter haftet somit nach §§ 633 ff. BGB / § 13 VOB/B nicht für einen „**Baumangel**“, sondern für einen Mangel, der **ihm obliegenden Leistung** innerhalb **seines Werkes**.

Selten ist aber nur ein Unternehmer mit der Ausführung sämtlicher Leistungen für die Errichtung/Sanierung eines Bauwerks beauftragt (siehe oben).

Und bei Mängeln versuchen die Baubeteiligten vielfach, einen eigenen Fehler bei der Erbringung ihrer Leistungen in Abrede zu stellen und - zur Not - einem Dritten anzulasten.

Gesamtschuldnerische Haftung

So beruft sich z.B. der Unternehmer auf Planungsfehler des Architekten, die Architekten und/oder Sonderfachleute werden sich wiederum wechselseitig verantwortlich machen oder auf Ausführungsfehler des Unternehmers verweisen. Und der Bauherr als Nichtfachmann ist dann - natürlich - überfordert.

Denn ein Baumangel kann auch in den Verantwortungsbereich zweier oder auch mehrerer Baubeteiligter als Gesamtschuldner (z.B. Architekt bzw. Sonderfachmann und Unternehmer bei Planungsfehler und Ausführungsfehler) fallen.

Ist dies der Fall, ist der Bauherr grundsätzlich bei der Auswahl des Schuldners, gegen den er vorgehen will, frei (BGH, BauR 2001, 630).

Gesamtschuldnerische Haftung

Planender Architekt und Unternehmer

Ein **Gesamtschuldverhältnis** ist zwischen planendem Architekten und Unternehmer anzunehmen, wenn der Baumangel auf einen **Planungsfehler des Architekten** und einen **Ausführungsfehler des Unternehmers** zurückzuführen ist.

Die Annahme eines **Gesamtschuldverhältnisses** und damit eine Ausgleichspflicht zwischen Architekt und Unternehmer ist nicht davon abhängig, welche Erfüllungs- oder Gewährleistungsrechte dem Bauherrn im Einzelnen aus den §§ 634 ff. BGB oder den entsprechenden Bestimmungen der VOB/B gegenüber dem Unternehmer oder Architekten zustehen.

Ein **Gesamtschuldverhältnis** wird von der Rechtsprechung vielmehr für alle Fallmöglichkeiten angenommen, in denen **Architekt und Unternehmer jeweils gewährleistungspflichtig** sind (BGH NJW 1969, 653). Denn der Zweck dieser Gemeinschaft ist es, **dass Architekt und Unternehmer jeder auf seine Art - bei einer mangelhaften Leistung - für die Beseitigung desselben Schadens einzustehen haben, den der Bauherr dadurch erleidet, dass jeder von ihnen seine vertraglich geschuldeten Pflichten mangelhaft erfüllt hat.**

Gesamtschuldnerische Haftung

Objektüberwachender Architekt und Unternehmer

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ferner davon auszugehen, dass auch der **objektüberwachende Architekt** und der **Unternehmer**, trotz verschiedener vertraglicher Verpflichtungen - also fehlender Leistungsidentität (im Sinne gleicher, primärer Leistungspflichten) - gegenüber dem Bauherrn, **Gesamtschuldner** i.S. des § 421 BGB sind, soweit sie für einen **Mangel am Bauwerk** haften; das ist immer der Fall, wenn einerseits der Unternehmer eine **mangelhafte Werkleistung** erbringt, andererseits der Architekt seine **vertraglichen Pflichten im Rahmen der Objektüberwachung verletzt** hat (BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175). Dabei ist stets zu beachten, dass der **Unternehmer** im Verhältnis zum bauleitenden **Architekten** grundsätzlich **nicht Erfüllungsgehilfe** des **Bauherrn** ist.

Da der objektüberwachende Architekt ist - im Gegensatz zum planenden Architekten - somit kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn gegenüber dem ausführenden Unternehmer (BGH BauR 2009, 515) ist, kommt eine **quotenmäßige Haftungsverteilung** im Erstprozess des Bauherrn gegen den Unternehmer **nicht in Betracht**, wenn der **Baumangel** auf einen **Ausführungsfehler des Bauunternehmers** und einen **Objektüberwachungsfehler des Architekten** zurückzuführen ist. Der Unternehmer kann aus der mangelhaften Bauüberwachung des Architekten **kein zulasten des Bauherrn gehendes mitwirkendes Verschulden herleiten**.

Gesamtschuldnerische Haftung

Quotierung

Für eine **Quotierung**, soweit eine solche in Betracht kommt, oder für das Innenverhältnis zwischen planendem/bauüberwachendem Architekten und ausführendem Bauunternehmer gilt Folgendes:

Bei der Abgrenzung, wer der eigentliche Schadensverursacher ist, ist als **Orientierungshilfe** zu berücksichtigen, dass **Planungsfehler** grundsätzlich in den **Verantwortungsbereich des Architekten und Sonderfachmannes**, **Ausführungsfehler** dagegen in den **Verantwortungsbereich des Unternehmers** fallen.

So kann der Architekt, der durch einen Planungsfehler die eigentliche Schadensursache gesetzt hat, gegenüber dem Bauunternehmer voll bzw. überwiegend ausgleichspflichtig sein (BGH, IBR 2005, 306).

Ist der Baumangel dagegen auf einen Ausführungsfehler des Unternehmers zurückzuführen, den der Architekt im Rahmen seiner Bauüberwachung lediglich nicht erkannt hat, so kann den Unternehmer die zumindest überwiegende, wenn nicht gar im Einzelfall die alleinige Haftung treffen (OLG Stuttgart IBR 2016, 464), denn der Unternehmer kann weder dem Bauherrn noch dessen Architekten gegenüber einwenden, er sei bei seinen Arbeiten nicht ausreichend überwacht worden.

Gesamtschuldnerische Haftung

Verjährung

Der Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs.1 BGB ist ein **selbstständiger Anspruch** und **verjährt in 3 Jahren** gemäß §§ 195, 199 Abs.1 BGB (vormals - vor Inkrafttreten des SchRModG (01.01.2002) betrug die Verjährungsfrist noch 30 Jahre!).

Aufgrund dieser heute **sehr kurzen Frist** für die Geltendmachung des **Ausgleichsanspruches** ist deshalb **große Vorsicht** geboten. Dies gilt vor allem deshalb, weil nach der Rechtsprechung des BGH der **Ausgleichsanspruch** bereits mit der **Begründung der Gesamtschuld** (in Verbindung mit den weiteren Voraussetzungen nach § 199 BGB:

- Anspruch entstanden
- Gläubiger hat Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müssen)

entsteht.

Gesamtschuldnerische Haftung

Bei einem **rechtlichen/gerichtlichen (prozessualen) Vorgehen** gilt auch weiterhin der Grundsatz:

1. **Der Bauherr ist bei der Auswahl des Schuldners, gegen den er vorgehen will, frei** (BGH, BauR 2001, 630).

2. Aber es bieten sich auch **folgende Möglichkeiten** für den **Bauherrn** an:

a) Es besteht die Möglichkeit, **gegen beide Verursacher vorzugehen** und diese **gesamtschuldnerisch zu verklagen** (BGH BauR 2003, 1918).

Dies ist **vorteilhaft**, wenn Unternehmer mit verschiedenen Gewerken jeweils fehlerhaft arbeiten und deren **Mängel** nur **einheitlich beseitigt werden können** (BGH BauR 2015, 1664). Und diese Vorgehensweise kann auch geboten sein, wenn **mehrere Mangelverursacher feststehen**, jedoch nicht geklärt werden kann, **wer und mit welchem Verursachungsanteil verantwortlich** ist (OLG Hamm, IBR 2009, 84).

Gesamtschuldnerische Haftung

b) Der Bauherr kann aber auch nur **einen der beiden Baubeteiligten verklagen**; dieser kann dann den anderen Mitverantwortlichen durch eine sog. **Streitverkündung** in den **Prozess einbeziehen** und ggf. im Rahmen einer **späteren Ausgleichsklage ganz oder teilweise in Regress nehmen**.

Dabei zu beachten ist aber, dass eine **zulässige Streitverkündung** durch den Gläubiger eine **„alternative Schuldnerschaft“** voraussetzt; liegt eine **gesamtschuldnerische „kumulative“** Haftung von Architekt und Unternehmer vor, ist eine **Streitverkündung** durch den Auftraggeber **unzulässig**.

Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung ist dabei die **Sicht des Streitverkünders zum Zeitpunkt der Streitverkündung**. Ist aus seiner Sicht eine **„alternative Haftung“** möglich, ist die **Streitverkündung zulässig** (BGH BauR 2015, 705).

Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer gem. § 650t BGB

Nimmt der Bauherr den Architekten wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Architekt die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Bauherr dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

BGB-Bauvertrag

./.

VOB/B-Bauvertrag

Einführung VOB/B-Bauvertrag

Ein **wirksame** VOB/B (erstellt und fortgeführt durch den DVA (Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen)) beruht auf der Grundüberlegung, dass die VOB/B durch eine entsprechende Vertretung aller am üblichen Baugeschehen Beteiligten geschaffen worden ist und fortgeschrieben wird.

Die VOB/B wurde speziell für die **Leistungen am Bau** entwickelt (und erstmalig bereits im Jahr **1926** veröffentlicht), da für diese Leistungen das (alte) Werkvertragsrecht des BGB mit seinen gesetzlichen Regelungen häufig **nicht** sachgerecht war.

Die VOB/B ist eine - **vorformulierte** - **Vertragsvereinbarung** und **kein Gesetz (!)**, weshalb für diese als **allgemeine Geschäftsbedingung** (sog. **AGB**) hinsichtlich der **Überprüfung** ihrer **Wirksamkeit** grundsätzlich stets, **wie immer und bei allen AGB`s**, die §§ 305 bis 310 BGB **Anwendung finden müssen**.

DVA

Aufgaben des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen

Der **DVA** ist ein **nicht rechtsfähiger Verein** mit folgenden **Aufgaben**:

- Erarbeitung und Weiterentwicklung von Grundsätzen für die fachgerechte Vergabe und Abwicklung öffentlicher Bauaufträge.
- Erstellung von Regelwerken für die elektronische Datenverarbeitung im Bauwesen

Alle Aufgaben sind in der **Satzung** des DVA festgelegt.

DVA

Seine (Haupt-)Aufgabe ist es, für die Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Bauaufträgen Grundsätze zu erarbeiten und weiterzuentwickeln.

Weiterhin beschäftigt sich der DVA mit der Erstellung von Regelwerken zur Rationalisierung des Bauwesens mittels elektronischer Datenverarbeitung.

Die Erledigung seiner Aufgaben erfolgt durch vier Hauptausschüsse.

Der Hauptausschuss Allgemeines befasst sich mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A und Teil B.

Der Hauptausschuss Hochbau und der Hauptausschuss Tiefbau sind beide für die Aufstellung und Überarbeitung der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) des Teiles C der VOB zuständig

Der Hauptausschuss Gemeinsamer Ausschuss Elektronik im Bauwesen (GAEB) befasst sich mit der Rationalisierung im Bauwesen mittels EDV.

Einführung VOB/B-Bauvertrag

Aus welchen Vertretern setzt sich der DVA zusammen?

Im DVA sind alle wichtigen **öffentlichen Bauauftraggeber** (Bundesressorts und Länderressorts), kommunale Spitzenverbände, weitere öffentliche Auftraggeber (wie beispielsweise die Deutsche Bahn AG) sowie Organisationen der Wirtschaft und Technik vertreten.

Die Geschäftsführung liegt beim Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen.

Durch die paritätische Zusammensetzung des DVA ist eine **Ausgewogenheit (!) bei der Ausarbeitung des **Vertragswerks** gewährleistet.**

Gelegentlich kooperiert der DVA auch mit dem Deutschen Verdichtungsausschuss für Leistungen und Dienstleistungen (DVAL), um Aufgaben noch fachgerechter zu lösen.

Wirksamkeit VOB/B-Bauvertrag

Die VOB/B ist wegen dieser **Ausgewogenheit des Vertragswerks** (siehe vorherige Folie) nach h. M. „**privilegiert**“, das heißt ein Gericht unterstellt grundsätzlich bei Vereinbarung der VOB/B (als allgemeine Geschäftsbedingung) die **Wirksamkeit aller Klauseln** der VOB/B (sog. „**Gesamtprivilegierung**“) **ohne weitere richterliche Überprüfung** und wendet daher **alle Klauseln der VOB/B** bei der Rechtsfindung im Streitfall **uneingeschränkt** an.

Allerdings ist für Verträge nach VOB/B dabei stets **zwischen Verträgen von Unternehmen untereinander** und Verträgen zwischen **Unternehmern mit Verbrauchern** zu unterscheiden.

Und es ist **zwingend** zu berücksichtigen, ob die VOB/B als „**Ganzes**“ - also **unverändert** - vereinbart wurde, ob **einzelne Klauseln** der VOB/B **verändert** (z. B. **umformuliert / entfernt / hinzugenommen**) wurden.

Wirksamkeit VOB/B-Bauvertrag

Ein wirksame „*Gesamtprivilegierung*“ eines VOB/B-Bauvertrags liegt danach zwischen (gewerblich tätigen) Unternehmen, juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen immer nur dann vor, wenn eine Vereinbarung der vollständigen und inhaltlich nicht abgeänderten VOB/B getroffen wurde (BGH, Urteil vom 16.12.1982, VII ZR 92/82).

Anderes gilt nur bei Änderungen der VOB/B, die die Wirksamkeit der „*Gesamtprivilegierung*“ nicht betreffen. Das wiederum sind nur solche Änderungen, die Inhalte betreffen, die in der VOB/B eine sog. „*Öffnungsklausel*“ haben (zum Beispiel §12 Abs.5 Nr.2 VOB/B; §§17 Abs.2 S.1 VOB/B etc.; u.U. auch § 13 Abs.4 Nr.1 VOB/ (streitig, siehe dazu Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B - Kommentar, 22. Auflage, § 13 Abs.4 VOB/B, Rdnr. 30 bis 32).

Wirksamkeit VOB/B-Bauvertrag

Im Falle **Änderung** einer oder mehrerer Klauseln der VOB/B, **ohne dass VOB/B-Klausel(n) mit einer sog. „Öffnungsklausel“ betroffen sind**, ist die sog. **„Gesamtprivilegierung“** der VOB/B vollständig **aufgehoben** gem. **§ 310 Abs.1 Satz 3 BGB** und eine **richterliche Überprüfung** hinsichtlich der Wirksamkeit **jeder einzelnen vereinbarten Vertragsbedingung** (§§ 1 bis 18 VOB/B 2019) ist durchzuführen (Rechtsfolge dieser richterlichen Prüfung: **zahlreiche Regelungen** der VOB/B sind dann **unwirksam** und werden vom **Gericht** durch einschlägige Regelungen des **BGB-Werkvertragsrechts** ersetzt).

Wirksamkeit VOB/B-Bauvertrag

Wenn allerdings ein (**gewerblich**) tätiger **Auftragnehmer** (**Unternehmer**) mit einem (**privaten**) **Auftraggeber** (**Verbraucher**) einen sog. „**Verbrauchervertrag**“ **schließt**, und dabei der **Unternehmer** **Verwender** der VOB/B ist, d.h. der **Unternehmer** bestimmt „**stellt**“ gegenüber dem Auftraggeber die VOB/B als **zwingende Vertragsgrundlage**, ist eine wirksame Vereinbarung der VOB/B **gar nicht (!)** möglich, da bei solchen Verträgen mit Verbrauchern eine **grundsätzliche Aufhebung** der sog. „**Gesamtprivilegierung**“ für **alle** „**Verbraucherverträge**“ gilt, selbst wenn eine Vereinbarung der vollständigen **und** inhaltlich nicht veränderten VOB/B getroffen wurde (BGH, Urteil vom 24.07.08, VII ZR 55/07).

Wirksamkeit VOB/B-Bauvertrag

Bei sog. „*Verbraucherverträgen*“ erfolgt daher in der Regel immer eine **Wirksamkeitsprüfung aller VOB/B-Klauseln** (und auch hier ist die Rechtsfolge, dass **zahlreiche Regelungen** der VOB/B **unwirksam** sind und vom **Gericht** durch einschlägige Regelungen des **BGB-Werkvertragsrechts** ersetzt werden).

Einzigste Ausnahme von dieser o.g. **Regel**, wenn entweder der **Verbraucher** als privater Bauherr **selber** die **VOB/B als zwingende Vertragsgrundlage** gegenüber dem Unternehmer „*stellt*“ gem. **§ 310 Abs.3 Nr.1 BGB**, oder wenn der Verbraucher als privater Bauherr durch seinen **Architekten vertreten** wird und **dieser für ihn Aufträge unter Einbeziehung der VOB/B vergibt** (OLG Brandenburg, IBR 2008, 514).

Wirksamkeit VOB/B-Vertrag

So wurde in solchen Fällen die **Unwirksamkeit folgender einzelner Klauseln** bereits entschieden (siehe Werner/Pastor, Der Bauprozess, 18.Auflage, Rdnr. 1209 bis 1211):

§1 Abs.3 u. 4

§2 Abs.5

§2 Abs.6 Nr.1 S.2

§2 Abs.7

§2 Abs.8 Nr.1 S.1

§2 Abs.10

§4 Abs.7 u. 8

§5 Abs.4

§6 Abs.6

§6 Abs.7

§8 Abs.3

§12 Abs.5 Nr.1-3

§13 Abs.4

§13 Abs.5 Nr.1 S.2

§13 Abs.7 Nr.1-3

§15 Abs.3 S.5

§16 Abs.1

§16 Abs.2 Nr.2

§16 Abs.3 Nr.1 und 2

§16 Abs.4

§16 Abs.5 Nr.3

§16 Abs.6 S.1

§17 Abs.8 S.2

Einführung

Das „neue“ Kaufvertragsrecht

Es gelten für alle Kaufverträge die ab dem 01.01.2022 geschlossen worden sind wichtige neue Regelungen.

§439 Abs.3 BGB

Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, bevor der Mangel offenbar wurde, 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.

Einführung

Das „neue“ Kaufvertragsrecht

§445a BGB

Zudem kann der **Verkäufer** beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem **Verkäufer**, der ihm die Sache verkauft hat (**Lieferant**), **Ersatz der Aufwendungen** verlangen, die er im Verhältnis zu seinem **Käufer (Kunde)** ... zu tragen hatte, wenn der von seinem **Käufer (Kunde)** geltend gemachte **Mangel** bereits beim **Übergang der Gefahr** vom **Lieferanten** auf den **Verkäufer** vorhanden war

Dieser Grundsatz findet auch auf die Ansprüche des **Lieferanten** und der **übrigen Käufer in der Lieferkette** gegen die **jeweiligen Verkäufer** entsprechende Anwendung, wenn die **Schuldner Unternehmer** sind.

Und es gilt zudem:

§ 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt **unberührt**.

Sonderthema § 377 HGB

§ 377 HGB

(1) Ist der Kauf für *beide Teile ein Handelsgeschäft*, so hat der *Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer*, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, *zu untersuchen* und, wenn sich ein *Mangel* zeigt, dem *Verkäufer unverzüglich Anzeige* zu machen.

(2) *Unterlässt* der *Käufer die Anzeige*, so gilt die Ware als *genehmigt*, es sei denn, dass es sich um einen *Mangel* handelt, der bei der *Untersuchung nicht erkennbar* war.

(3) Zeigt sich *später* ein solcher *Mangel*, so muss die *Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung* gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware *auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt*.

(4) Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die *rechtzeitige Absendung der Anzeige*.

(5) Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

Sonderthema § 377 HGB

Fallbeispiel

V und K sind Kaufleute. V verkauft K einen neuen Sicherungskasten. Dieser Sicherungskasten ist mangelhaft (Kunststoffgehäuse ist an mehreren Stellen beschädigt). K verlangt erst nach einiger Zeit Nacherfüllung gemäß den §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. V wendet eine Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ein und meint der Anspruch auf Nacherfüllung sei nach § 377 HGB ausgeschlossen.

Sonderthema § 377 HGB

Aufbau der Prüfung (**Verletzung** der **Untersuchungs- und Rügeobliegenheit** gem. § 377 HGB)

A. Voraussetzungen

Die Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des § 377 HGB hat **fünf Voraussetzungen**:

Sonderthema § 377 HGB

I. Beiderseitiger Handelskauf

Zunächst setzt die Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit einen **beiderseitiger Handelskauf** voraus. Es muss sich mithin **für beide Seiten** um ein **Handelsgeschäft** handeln, Verkäufer und Käufer müssen somit **Kaufleute** sein. Zudem muss es um einen **Kaufvertrag** gehen.

Die **Kaufmannseigenschaft** liegt immer dann vor, wenn der **Betrieb** infolge der Art und des Umfangs der Geschäftstätigkeit, wie Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen, die **vollkaufmännische Betriebsführung**, d. h. vor allem eine kaufmännische Buchführung und Bilanzierung, **erfordert**.

Der **Bauunternehmer** unterhält i.d.R. einen **Gewerbebetrieb** und ist daher nach § 1 II HGB **Kaufmann**.

Sonderthema § 377 HGB

Und der Handwerker?

HWK Frankfurt-Rhein-Mai

Ein **Handelsgewerbe** ist **jedes gewerbliche Unternehmen**, das nach **Art und Umfang** (v.a. Umsatzhöhe, Betriebsvermögen, Mitarbeiteranzahl, Leistungsspektrum) einen **in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert** (§ 1 Abs. 2 HGB) **oder** dessen **Firma freiwillig im Handelsregister eingetragen** worden ist (§§ 1 Abs. 2, 2 HGB). Letzteres gibt sogar dem handwerklichen Kleinbetrieb die Möglichkeit, durch Eintragung in das Handelsregister die Kaufmannseigenschaft zu erlangen.

Sonderthema § 377 HGB

Der **selbständige Betrieb eines Handwerks** als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften (selbständige Handwerker) gestattet (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HandwO). Ein **Gewerbebetrieb** ist **Handwerksbetrieb i. S. der HandwO**, wenn er **handwerksmäßig betrieben** wird und vollständig oder in wesentlichen Teilen ein **Gewerbe** umfasst, das in der **Anlage A zur HandwO** aufgeführt ist (§ 1 Abs. 2 HandwO i.V.m. Anlage A).

Sonderthema § 377 HGB

Ein **Handwerker** ist danach (auch) ein **Gewerbetreibender** ...

Anlage A Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können (§ 1 Absatz 2)

Nummer

1	Maurer und Betonbauer
2	Ofen- und Luftheizungsbauer
3	Zimmerer
4	Dachdecker
...	
9	Stuckateure
10	Maler und Lackierer
11	Gerüstbauer
12	Schornsteinfeger
13	Metallbauer
...	
18	Kälteanlagenbauer
...	
23	Klempner
24	Installateur und Heizungsbauer
25	Elektrotechniker
...	
27	Tischler
...	
42	Fliesen-, Platten- und Mosaikleger
43	Werkstein- und Terrazzohersteller
44	Estrichleger
...	
46	Parkettleger
47	Rollladen- und Sonnenschutztechniker
...	

Sonderthema § 377 HGB

II. Ablieferung der Ware

Weiterhin verlangt die Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit die **Ablieferung der Ware**.

III. Mangel, §§ 434 ff. BGB

Ferner fordert die **Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit** einen **Mangel**, i.S.d. §§ 434 ff. BGB.

Sonderthema § 377 HGB

IV. Keine unverzügliche Untersuchung/Rüge

Darüber hinaus tritt die Rechtswirkung des § 377 HGB tritt nur ein, wenn keine **unverzügliche Untersuchung** (ggf. Stichproben) bzw. **Rüge** des **Mangels** erfolgt ist.

Unverzüglich ist in § 121 BGB legaldefiniert und bedeutet „*ohne schuldhaftes Zögern*“. Bei **offensichtlichen Mängeln** (hier im o.g. Fallbeispiel: ein beschädigtes Kunststoffgehäuse) gilt nach h.M. eine Frist **innerhalb von 1-2 Tagen!**

Bei **verdeckten Mängeln**, also solchen, die für den Käufer **nicht ohne weiteres erkennbar** sind, tritt die **Rügeobligenheit** nach § 377 III HGB erst dann ein, wenn der **Mangel entdeckt** worden ist (dann aber gilt wieder die Pflicht zur **unverzüglichen Rüge** im o.g. Sinne). Im Rahmen der **Verletzung** der **Untersuchungs- und Rügeobligenheit** kommt es hinsichtlich der **Unverzüglichkeit** auf den **Absendezeitpunkt** der **Anzeige**, dass die Kaufsache mangelbehaftet sei, an. Dies stellt § 377 IV HGB klar.

Sonderthema § 377 HGB

V. Kein Ausschluss

Zudem darf die Berufung des **Verkäufers** auf die Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit **nicht ausgeschlossen** sein. Das ist nur dann der Fall, wenn der **Verkäufer** den **Mangel arglistig verschwiegen** hat, vgl. § 377 V HGB.

Die Regelung des § 377 HGB ist zudem **dispositiv**, d.h. sie kann also per **Individualvereinbarung oder AGB** von den Parteien abbedungen, abgeschwächt oder auch verschärft werden.

B. Rechtsfolge: Genehmigungsfiktion, § 377 II HGB

Rechtsfolge der Verletzung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ist gemäß § 377 II HGB die **Genehmigungsfiktion**, d.h. die **mangelhafte Ware** gilt danach als **genehmigt**. Und damit sind dann **sämtliche Gewährleistungsrechte ausgeschlossen**.

Sonderthema § 377 HGB

Ergebnis Fallbeispiel

K hat **trotz** eines **Mangels** gegen V **keinen Anspruch (mehr)** auf **Nacherfüllung** gemäß den §§ 437 Nr. 1, 439 BGB.

Vielen Dank für ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt

Rechtsanwaltskanzlei Weglage
Weiligmanns Hof 2c
48346 Ostbevern-Brock
0 25 32 - 95 19 457
www.r-weglage.de

oder

Gréus Rechtsanwälte PartG mbB
Wieblinger Weg 17
69123 Heidelberg
0 62 2 1 - 98 05-0
www.greus.de