



Rechtsverlust durch Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB auch „am Bau“?

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht*

I. Einleitung

Für einen Kaufvertrag, welcher zwischen zwei Unternehmern geschlossen wurde, hat der Gesetzgeber in § 377 des Handelsgesetzbuches (HGB) besondere Untersuchungs- und Rügepflichten normiert. Grundsätzlich verliert der Käufer bei Verletzung dieser Untersuchungs- und/oder Rügepflicht etwaige Mängelansprüche, einschließlich etwaiger Schadensersatzansprüche. Dem geneigten Leser mag sich nunmehr die Frage aufdrängen, was all dies mit den Verträgen „am Bau“ zu tun hat.

Verträge, welche gemeinhin bislang als „Bauverträge“ und damit als Werkverträge eingeordnet wurden, d.h. baubezogene Herstellungs- und Lieferverträge sind nicht selten rechtlich tatsächlich als Kaufverträge einzuordnen. Nach der Neuregelung des § 651 BGB unterliegen dem Kaufrecht alle Verträge über die Lieferung noch herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen. Für Lieferungsverträge über nicht vertretbare (d.h. nicht anderweitig absetzbare) Sachen werden in § 651 Satz 3 BGB lediglich einzelne Regelungen des Werkvertragsrechts ergänzend für anwendbar erklärt.

Damit gilt das Kaufrecht nicht nur – wie bislang – für Verträge, welche sich über die Lieferung von zu verarbeitenden „Rohmaterialien“, wie beispielsweise Sand, Kies, Steine verhalten, sondern nach dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Juli 2009 (Aktenzeichen VII ZR 151/08) auch für Verträge, die die Lieferung herzustellender beweglicher Bau- oder Anlagenteile zum Gegenstand haben, auch soweit diese nicht vertretbar sind. Gemäß § 381 Absatz 2 HGB gilt damit auch für diese Verträge die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB. Die rechtliche Einordnung baubezogener Herstellungs- und Lieferverträge ist allerdings nicht nur für die Frage der Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB von entscheidender Bedeutung, sondern auch für die Frage der Verjährung und die Reichweite der Ansprüche.

Im Folgenden wird zunächst anhand der Kasuistik der bisherigen höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung ein Überblick über die Kriterien für die Einordnung als Werk- oder Kaufvertrag skizziert. Sodann

werden der Inhalt der Untersuchungs- und Rügepflicht und die Auswirkung der Einordnung als Kaufvertrag auf die Verjährung dargelegt. Schließlich erfolgt ein Praxistipp zum Umgang mit den dem Kaufrecht unterliegenden Verträgen „am Bau“.

II. Werkvertrag oder Kaufvertrag?

1. Urteil des OLG Nürnberg vom 11. Oktober 2005 (Aktenzeichen 9 U 804/05)

Dem Urteil des OLG Nürnberg lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Bauunternehmer bestellte beim Türenhersteller 100 nach Aufmaß herzustellende Haustüren, welche der Türenhersteller auch in das Objekt seines Auftraggebers einzubauen hatte. Zwei Monate nach Anlieferung stellte der Auftraggeber fest, dass der Türlack der Reinigung mit einem normalen Haushaltsreiniger nicht standhielt und rügte die fehlende Abriebfestigkeit des Lackes an allen Türen.

Das OLG Nürnberg hat entschieden, dass es sich bei dem Vertrag ungeachtet der Fertigung nach Aufmaß und der Einbauverpflichtung gemäß § 651 BGB um einen Vertrag über die Lieferung noch herzustellender Sachen handelt. Dies hat zur Folge, dass die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 437 ff. BGB anwendbar sind und damit, da es sich um einen Vertrag zwischen zwei Unternehmern handelte, die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB über § 381 Absatz 2 HGB anwendbar ist. Die erst zwei Monate nach Lieferung erhobene Mängelrüge war verspätet und führte zum vollständigen Rechtsverlust des Auftraggebers.

2. Urteil des BGH vom 23. Juli 2009 (Aktenzeichen VII ZR 151/08)

Dem Grundsatzurteil des BGH zur Neufassung des § 651 BGB vom 23. Juli 2009 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei beiden Vertragsparteien handelte es sich um Kaufleute. Der Auftraggeber, welcher seitens seines Auftraggebers beauftragt war, eine Siloanlage zu erstellen und zu montieren, bestellte bei dem Auftragnehmer die für die Erstellung der Siloanlage erforderlichen Bau-



teile einschließlich einer prüfbarer Statik. Der Auftragnehmer stellte die Teile (u.a. Dammwände, Stützen und Zugstangen) her und lieferte diese an den Auftraggeber aus. Die Silozellen waren mangelhaft, da sie eine zu geringe Blechdicke aufwiesen.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass auf den Vertrag ausschließlich Kaufrecht Anwendung findet, da gemäß § 651 BGB Kaufrecht auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden sei, unabhängig davon, ob es sich um Verträge zwischen Unternehmern handele. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die gelieferten Anlagenteile erkennbar zum Einbau in das Silo bestimmt gewesen seien. Auch die zusätzlich erbrachte Planungsleistung (prüfbare Statik) eröffne nicht den Anwendungsbereich des Werkvertragsrechts. Da jeder Herstellung eine gewisse Planungsleistung vorausgehe, sei Werkvertragsrecht nur in dem Fall anwendbar, wenn die Planungsleistung derart dominiere, dass sie den Schwerpunkt des Vertrags bilde.

Damit hat der Bundesgerichtshof dem Ansinnen der baurechtlichen Literatur, die Herstellung und Lieferung beweglicher Baumaterialien, welche für den Einbau in ein bestimmtes Bauwerk verwendet werden sollen, dem Werkvertragsrecht zuzuordnen, eine Absage erteilt. In dem zu entscheidenden Fall wurden dem Auftraggeber daher wegen Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß §§ 377, 381 Absatz 2 HGB sämtliche Mängelrechte verwehrt.

3. Urteil des BGH vom 9. Februar 2010 (Aktenzeichen XZR 82/07)

Dem Urteil des Bundesgerichtshofes lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei der Klägerin handelte es sich um ein Straßenbauunternehmen, welches Straßenfräsmaschinen einsetzt, die auf Tiefladesattelaufliegern transportiert werden. Sie hatte sich von der Beklagten einen zweiachsigen Auflieger bauen lassen, der zum Transport einer bestimmten Fräsmaschine (W 1000 S) geeignet sein sollte. Beim Transport von Fräsen dieses Typs platzten mehrfach die Reifen. Die Klägerin hatte die Rücknahme des Aufliegers verlangt. Das Oberlandesgericht Naumburg hatte den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als Werkvertrag eingeordnet und der Klage daher stattgegeben.

Der Bundesgerichtshof hat entsprechend der oben dargestellten Entscheidung des VII. Zivilsenates die Einordnung des Vertrages als Werkvertrag als rechtsfehlerhaft eingestuft. Vielmehr sei aufgrund der oben dargelegten Kriterien auch auf diesen Vertrag Kaufrecht anzuwenden. Unerheblich für die vertragsrechtliche Einordnung sei, dass der Auflieger nach den konkreten Vorstellungen und Vorgaben der Klägerin hergestellt worden sei. Dies

rechtfertige zwar die Annahme, dass es sich bei dem Vertrag um die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache, die nicht anderweitig absetzbar ist, handele. Die Neuregelung des § 651 BGB nehme dagegen keine Unterscheidung mehr zwischen der Herstellung vertretbarer und nicht vertretbarer Sachen für die Frage der rechtlichen Einordnung als Kauf- oder Werkvertrag vor. Da auch im vorliegenden Fall die Klägerin ihrer damit obliegenden Untersuchungs- und Hinweispflicht gemäß §§ 377, 381 Absatz 2 HGB nicht nachgekommen war, wurde die Klage abgewiesen.

III. Inhalt der Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB

1. Gesetzestext

§ 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.

§ 381 HGB

(1) Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Wertpapieren.

(2) Sie finden auch auf einen Vertrag Anwendung, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat.

2. Umsetzung der Untersuchungs- und Rügepflicht in der Praxis

a) Zeitpunkt der Untersuchung

Die Ware ist unverzüglich nach Ablieferung, unabhängig davon, ob sie verpackt ist oder nicht und auch unabhängig davon, ob sie umgehend oder aber erst nach einem erheblichen Zeitablauf verbaut oder in Gebrauch genommen wird, von dem Käufer zu untersuchen. Erfolgt die Lieferung einer bestimmten Menge vereinbarungsgemäß in Teillieferungen, ist jede Teillieferung unverzüglich nach ihrer Ablieferung zu untersuchen.

Welcher Zeitraum zwischen Ablieferung und Untersuchung liegen darf, läßt sich verallgemeinernd nur schwer sagen. Eine grobe Überprüfung hat regelmäßig innerhalb eines Tages zu erfolgen. Bei komplexeren Untersuchungen gilt ein Richtwert von einer Woche.



b) Art und Umfang der Untersuchung

Art und Umfang der Untersuchung hängen davon ab, was nach dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang „tunlich“ ist. Was in diesem Sinne tunlich ist, bestimmt sich objektiv unter Berücksichtigung der branchenüblichen Gepflogenheiten. In jedem Fall sind ausreichende Stichproben zu nehmen. Die Untersuchungspflicht erstreckt sich hierbei auch auf seltene und schwierig festzustellende Mängel. Sollte dem Käufer eine solche Prüfung nicht möglich sein, hat er erforderlichenfalls einen Sachverständigen hinzuzuziehen.

Selbst die Vorlage von Werkszeugnissen oder anderweitigen Prüfzeugnissen durch den Verkäufer entbindet den Käufer nicht von einer eigenen Untersuchung - er darf sich nicht auf diese Angaben verlassen.

c) Zeitpunkt und Inhalt der Rüge

Der Verkäufer muss durch die Rüge in die Lage versetzt werden, Art und Umfang des gerügten Mangels zu überprüfen und ggf. Abhilfe schaffen zu können. Auch hier gilt, dass der Mangel dem Verkäufer unverzüglich angezeigt werden muss, d.h. ohne schuldhaftes Zögern. In der Regel sollten nicht mehr als 1-2 Werkzeuge vergehen.

Die Rüge ist formfrei, d.h. sie kann grundsätzlich auch mündlich erhoben werden. Aus Beweisgründen ist allerdings dringend zu empfehlen, sie schriftlich zu erheben.

IV. Rechtsfolgen bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht

Unterlässt der Käufer die Anzeige, gilt die Ware gemäß § 377 Absatz 2 HGB grundsätzlich als genehmigt mit der Folge, dass der Käufer etwaige Mängelansprüche einschließlich etwaiger Schadensersatzansprüche verliert. Überdies ist der Käufer verpflichtet, sofern sich später ein Mangel zeigt, die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung dem Verkäufer anzuzeigen, da anderenfalls auch hier die Ware als genehmigt gilt (§ 377 Absatz 3 HGB). Lediglich für den Fall, dass der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, kann sich dieser nicht auf die Vorschrift des § 377 HGB berufen (§ 377 Absatz 5 HGB).

V. Exkurs: Auswirkungen der Einordnung als Kaufvertrag auf die Reichweite der Ansprüche und die Verjährung

1. Reichweite der Ansprüche

Mit der Schuldrechtsreform wurden die Mängelhaftungsrechte (früher: Gewährleistungsrechte) des Kaufvertragsrechts zwar umfassend geändert und denjenigen des Werkvertragsrechts angeglichen, es bleiben jedoch nennenswerte Unterschiede.

Bei Vorliegen eines Kaufvertrages liegt das Wahlrecht, welche Art der Nacherfüllung erfolgen soll - Nachbesserung oder Neulieferung - beim Käufer, während im Rahmen eines Werkvertrages der Auftragnehmer wählen kann, ob er nachbessert oder das Werk noch einmal neu herstellt (§ 635 Absatz 1 BGB).

Des Weiteren geht das Gesetz (§ 476 BGB) beim Kauf von Verbrauchsgütern (= beweglichen Sachen) grundsätzlich davon aus, dass ein Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten zeigt, bereits beim Kauf vorhanden gewesen sein dürfte, es sei denn, das Gegenteil wäre offensichtlich. Damit ist eine Beweislastumkehr dergestalt geregelt, dass der Verkäufer binnen der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang beweisen muss, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat. Anders dagegen bei einem Werkvertrag: Ab dem Zeitpunkt der Abnahme liegt die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels beim Auftraggeber.

Ist ein Mangel auf vom Auftraggeber gelieferte (Bau-) Stoffe zurückzuführen, wird der Auftragnehmer bei Vorliegen eines Werkvertrages nur dann von der Mängelhaftung frei, wenn er den Mangel bei sorgfältiger Prüfung nicht hätte feststellen können. Der Auftragnehmer ist jedoch stets zur Mangelbeseitigung verpflichtet - ggf. gegen gesonderte Vergütung. Bei Vorliegen eines Kaufvertrages ist der Verkäufer dagegen über §§ 651, 442 Absatz 1 Satz 1 BGB stets von jeglicher Haftung frei, wenn der Mangel auf einen vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist, d.h. er ist auch nicht zur Mangelbeseitigung verpflichtet.

Ferner ist dem Kaufrecht ein Recht zur Selbstvornahme und damit ein Vorschuss- bzw. Kostenerstattungsanspruch fremd. Liegt ein Kaufvertrag vor, kann der Auftraggeber/Käufer die ihm entstandenen Ersatzvornahmekosten lediglich im Rahmen eines Schadensersatzanspruches ersetzt verlangen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Verkäufer/Lieferant den Mangel zu vertreten hat.

2. Verjährung

Vorsicht ist auch bei der Berechnung der Verjährungsfrist geboten: Ist Kaufrecht anwendbar, kommt es für den Beginn der Gewährleistungsfrist nicht auf eine Abnahme der Leistung an, sondern auf die Ablieferung derselben. Wird eine sukzessive Lieferung in Teilen vorgenommen, gilt unter Umständen für jedes Teil eine andere Gewährleistungsfrist, welche mit Ablieferung des jeweiligen Teiles beginnt. Die Gewährleistungsfrist beträgt zwar, sofern die Teile für ein Bauwerk bestimmt sind, gemäß § 438 Absatz 1 Nr. 2 BGB ebenfalls 5 Jahre, sie beginnt aber bereits mit der Ablieferung der Sache. Dies stellt unter Umständen für den Auftraggeber ein großes Problem dar, da die Ablieferung der Sache bereits Monate oder



sogar Jahre vor der Abnahme erfolgt sein kann. Dies kann zur Folge haben, dass er für Mängel der gelieferten Baustoffe gegenüber dem Besteller einstehen muss, ohne sich bei dem Lieferanten der Teile schadlos halten zu können.

VI. Fazit und Praxistipp

Aus dem Vorstehenden folgt, dass der in den Kategorien des Werkvertragsrecht denkende Bauunternehmer, sofern er als Auftraggeber fungiert, gut beraten ist, bei der Anlieferung von Baustoffen und bei Bauteilen inklusive der Montage der herzustellenden Teile äußerste Vorsicht dergestalt walten zu lassen, dass er unverzüglich nach Ablieferung/Einbau der Bauteile eine Untersuchung derselben vornimmt und dem „Auftragnehmer“ ebenso unverzüglich etwaige Mängel anzeigt.

Auch wenn die Lieferung des herzustellenden Bauteils mit einer Montageverpflichtung verbunden ist, sollte sich der Auftraggeber nicht darauf verlassen, dass ein Gericht im Falle eines späteren Rechtsstreites den Vertrag als Werkvertrag einordnet. Der Bauunternehmer als Auftraggeber ist vielmehr gehalten, sämtliche angelieferten Bauteile und Baustoffe unverzüglich sorgfältig zu prüfen, wenn er etwaige Mängelansprüche und Schadensersatzansprüche nicht verlieren will. Das bedeutet allerdings für den nicht zu beneidenden Bauunternehmer, dass er für nahezu sämtliche angelieferten Bau- und Anlagenteile die organisatorischen und fachlichen Voraussetzungen für die gebotene Überprüfung schaffen und darüber informiert sein muss, welche Untersuchungsmaßnahmen jeweils als „handelsüblich“ anzusehen sind.

Fraglich ist, ob die Verpflichtung des § 377 HGB abbedungen werden kann. Individualvertraglich stellt dies kein Problem dar. Problematisch dürfte sich dies allerdings in der Form einer formularmäßigen Einschränkung bzw. eines gänzlichen Ausschlusses der Untersuchungs- und Rügepflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers gestalten. Ein Ausschluss für offenkundige Mängel ist unwirksam. Auch ein sonstiger vollständiger Ausschluss dürfte unwirksam sein. Eine Einschränkung soll allerdings wirksam sein, wenn zugleich Qualitätssicherungssysteme auf Seiten des Verkäufers vereinbart und damit die Prüfungspflicht faktisch auf diesen verlagert wird. Hier ist bereits im Vorfeld, d.h. im Zuge des Vertragsabschlusses Kreativität gefragt, da es, wenn das Kind erst einmal im Brunnen liegt, für kreative Lösungen in der Regel zu spät ist, weil die Rechtsprechung von dem „scharfen Schwert“ des § 377 HGB – wie oben dargelegt – Gebrauch macht. Bei der Suche nach kreativen Lösungen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Gefährlich: Mängelbeseitigung nicht von der Kostenzusage des Auftraggebers abhängig machen!

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth,

Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht*

Die Auftragnehmer stehen insbesondere vor dem Hintergrund der immer weiter fortschreitenden Globalisierung, welche es mit sich bringt, dass zwischen dem Ort des Bauvorhabens und dem Sitz des Unternehmens nicht selten mehrere Hundert Kilometer liegen, zunehmend vor dem Problem, dass der Auftraggeber einen Mangel rügt und der Auftragnehmer sich für den Fall absichern möchte, dass die Mängelrüge, welcher er nachgeht, unberechtigt war.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 02. September 2010 (Aktenzeichen VII ZR 110/09) entschieden, dass der in Anspruch genommene Auftragnehmer Maßnahmen zur Mängelbeseitigung nicht davon abhängig machen darf, dass der Auftraggeber die Erklärung abgibt, wonach er die Kosten der Untersuchung und weiterer Maßnahmen für den Fall übernimmt, dass der Auftragnehmer für die gerügten Mängel nicht verantwortlich ist. Dies gilt auch unabhängig davon, dass der Auftraggeber nach der Abnahme der Werkleistung die Beweislast für das Vorliegen eines von dem Auftragnehmer zu vertretenden Mangels trägt.

In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zugrundeliegenden Fall hat das dazu geführt, dass den Auftraggeber kein Mitverschulden an einem Wasserschaden traf, zu welchem es infolge der Untätigkeit des Auftragnehmers gekommen war. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes führt ferner dazu, dass der Auftraggeber berechtigt ist, die Mängel im Wege der Ersatzvornahme durch Dritte beseitigen zu lassen und die hierdurch entstehenden Kosten von dem Auftragnehmer - vorausgesetzt, es handelte sich um einen Mangel an dessen Leistung - ersetzt zu verlangen.

Unbeantwortet hat der Bundesgerichtshof die nach wie vor offene Frage gelassen, ob und wenn ja über welche Ansprüche der Auftragnehmer wegen einer unberechtigten Mängelrüge gegenüber dem Auftraggeber verfügt. In jedem Fall empfiehlt sich der schriftliche Hinweis, dass und in welcher Höhe sich der Auftragnehmer die Geltendmachung von Kostenerstattungsansprüchen gegenüber dem Auftraggeber vorbehält, sollte sich die Mängelrüge als unberechtigt herausstellen.



Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

***Dr. Tina Großkurth** studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wolverhampton (GB) und ist seit 2001 als Rechtsanwältin tätig. Seit 2006 betreut Frau Dr. Großkurth unsere Mandanten als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in diesen Bereichen, in welchen sie promovierte. Seit 2009 ist sie Partnerin der Sozietät. Sie ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Straße 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de