

## Mandantenrundschriften 1/2013

### Die - unfreiwillige - Verkürzung der Verjährungsfrist im Abnahmeprotokoll

1. Weicht die in einem Abnahmeprotokoll individuell angegebene Gewährleistungsfrist von der gesetzlichen oder der ursprünglich vereinbarten Frist ab, ist die im Abnahmeprotokoll angegebene Frist maßgeblich, wenn das Protokoll von den Vertragsparteien unterzeichnet wird.
2. Entsendet eine Partei zum Abnahmetermin einen vollmachtlosen Vertreter, muss sie sich dessen Erklärungen zurechnen lassen, sofern die andere Partei die Vollmachtlosigkeit nicht kennt.

OLG Braunschweig, Urteil vom 20.12.2012, 8 U 7/12

#### Der Sachverhalt:

Ein Bauunternehmer (AN) verklagt seinen Auftraggeber (AG), eine Gemeinde, auf Herausgabe einer Gewährleistungsbürgschaft. Die Gemeinde widersetzt sich, weil sie der Auffassung ist, die Gewährleistungsfrist sei noch nicht abgelaufen.

Dem Bauvertrag liegen die VOB/B und besondere Vertragsbedingungen zu Grunde. Nach diesen Regelungen ist die Bürgschaft nach Ablauf der Gewährleistungsfrist und Befriedigung der bis dahin erhobenen Ansprüche herauszugeben. Es ist eine Gewährleistungszeit von fünf Jahren vereinbart.

Die Abnahme der Leistungen des AN erfolgte am **05.06.2003**. Im Abnahmeprotokoll heißt es: „Gewährleistung: Ende der Gewährleistung **04.06.2008**.“ Das Protokoll wird von einem Mitarbeiter des AG sowie einem Vertreter des AN unterzeichnet. Der AG rügt mit Schreiben vom 02.06.2008, welches dem AN am **05.06.2008** zugeht, Mängel. Der AG vertritt die Auffassung, die Mängelrüge habe zur Quasiunterbrechung der Verjährung gemäß § 13 Abs. 5 S. 2 VOB/B geführt, da die Angabe des Verjährungsendes im Abnahmeprotokoll nicht bindend sei. Die Angabe im Protokoll sei ein Versehen, außerdem habe der Mitarbeiter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Die Verjährungsfrist nach dem Vertrag ende erst mit Ablauf des 05.06.2008. Die Bürgschaft könne daher noch in Anspruch genommen werden.

## **Die Entscheidung:**

Die Klage des Bauunternehmers hat Erfolg. Das OLG stellt fest, dass mit der individuellen Angabe des Endtermins der Gewährleistungsfrist und Unterzeichnung des Abnahmeprotokolls eine Vereinbarung über die Verjährung der Gewährleistungsansprüche zu Stande gekommen ist. Die ursprünglich fünf Jahre bis zum 05.06.2008, 24 Uhr, laufende Frist wurde um einen Tag, also bis zum 04.06.2008, 24 Uhr, verkürzt. Die **Unterzeichnung des Protokolls** stellt eine **Willenserklärung** dar, da sie auf die Klarstellung der Gewährleistungsfrist gerichtet ist.

Es kommt nicht darauf, ob die Abgabe von Willenserklärungen von Gemeindemitarbeitern den kommunalrechtlichen Vertretungsregelungen unterliegt, da sich der AG das Handeln der Person, die er **als Vertreter für die rechtsgeschäftliche Abnahme entsendet**, nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen muss. Zumindest sind die vom BGH für das Handeln eines in einen Termin entsandten Vertreters und die Bindungswirkung des Terminprotokolls entwickelten Grundsätze zu übertragen. Der AG hätte daher nach den zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätzen der im Protokoll angegebenen Frist unverzüglich widersprechen müssen.

## **Der Praxishinweis:**

Der Fall zeigt erneut, wie wichtig es ist wesentliche Erklärungen wie die der Abnahme, vernünftig vorzubereiten und dabei die zu Grunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen zu beachten.

Die Abnahme ist eine einseitige Erklärung des Auftraggebers. Eine Unterschrift des Auftragnehmers unter das Abnahmeprotokoll ist nicht erforderlich. Ebenso wenig müssen im Abnahmeprotokoll Angaben zur Gewährleistung, den Gewährleistungsfristen, zur Schlussrechnung, einer Zahlungsfrist oder der Rückgabe einer Vertragserfüllungs- bzw. Überlassung einer Gewährleistungsbürgschaft stehen. All diese Regelungen wurden bereits im Vertrag getroffen bzw. ergeben sich aus dem Gesetz oder der VOB/B.

Gerade Bauträger oder Generalunternehmer, die Gewährleistungsfristen mit ihren (Sub) Unternehmen nicht starr mit fünf Jahren vereinbaren sollten, müssen hier vorsichtig sein. Ihre eigene Gewährleistungsfrist gegenüber der Eigentümergemeinschaft, dem Erwerber von Sondereigentum oder dem Bauherren beginnt später als die Verjährungsfrist der Subunternehmer. Im vorliegenden Fall ging es „nur“ um einen Tag. Ist im Vertrag aber z.B. eine Verjährungsfrist von fünf Jahren und sechs Monaten vereinbart, während im Abnahmeprotokoll nur fünf Jahre stehen, verliert der Bauträger oder der GU seinen Handlungsspielraum, wenn Mängelrügen erst gegen Ende der Verjährungsfrist erhoben werden.

Außerdem sind die Verjährungsfristen gefährdet, die mit deutlich länger als fünf Jahre vereinbart werden können. So ist die Vereinbarung einer Gewährleistungszeit von zehn Jahren für die Dichtigkeit bei Flachdächern durchaus üblich. Wenn derjenige, der das Abnahmeprotokoll für den Auftraggeber unterschreibt diese Regelung aber nicht kennt, besteht die große Gefahr der Akzeptanz einer deutlich kürzeren Verjährungsfrist.

Das Abnahmeprotokoll sollte daher ausschließlich folgende Informationen enthalten:

- Teilnehmer,
- das Gewerk/der Auftrag, welches abgenommen wird,
- eine Auflistung der festgestellten und vorbehaltenen Mängel,
- die Erklärung, dass die Vertragsstrafe vorbehalten wird,
- eine Erklärung ob die Abnahme unter Vorbehalt von (im Protokoll aufgelisteten) Mängeln oder Beanstandungen erklärt bzw. verweigert wird.

Das Protokoll wird dann nur vom Vertreter des Auftraggebers unterschrieben.

Nur dann wenn der Unternehmer die im Protokoll aufgelisteten Mängel anerkennen soll, ist es sinnvoll diesen ebenfalls unterschreiben zu lassen. Dann sollte aber die Unterschrift auch nicht einfach unter das Protokoll gesetzt werden. Vielmehr sollte in diesem Fall zumindest ein erklärender Satz mit aufgenommen werden, z.B.: „Die Mängel Nummer 1-16 werden anerkannt.“

**GUIDO SANDMANN**  
**Rechtsanwalt**  
**Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**

---

**Sandmann Rechtsanwälte**  
Rosenheimerstraße 12  
81669 München

Tel.: 089 / 45 20 68 2-0  
Fax: 089 / 45 20 68 2-22  
guido.sandmann@muenchen-immobilienrecht.de