

# Der Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis des Mangels

Eine vergleichende Betrachtung des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts

Bearbeitet von  
Ines Rauhut

1. Auflage 2011. Taschenbuch. 248 S. Paperback  
ISBN 978 3 631 61152 4  
Gewicht: 330 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeines Schuldrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.



Ines Rauhut

## Der Ausschluss der Mängelrechte bei Kenntnis des Mangels

Eine vergleichende Betrachtung  
des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts



# Einführung

## A. Problemdarstellung

Verkäufer, Vermieter und Unternehmer sind nach den gesetzlichen Regelungen zur mangelfreien Verschaffung des Vertragsgegenstandes verpflichtet. Erfüllen sie diese Pflicht nicht, können Käufer, Mieter und Besteller Mängelrechte erheben. Die gesetzlichen Mängelrechte unterliegen jedoch Einschränkungen. Einerseits besteht die Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkungen, andererseits sieht das Gesetz einen Ausschluss der Mängelrechte bei bestimmten Sachverhalten vor. Die Mangelkenntnis des Leistungsempfängers stellt einen Fall des gesetzlichen Ausschlusses der Mängelgewährleistung dar. Das Gesetz unterscheidet dabei die Mangelkenntnis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und diejenige zum Zeitpunkt der Annahme bzw. Abnahme des Vertragsgegenstandes. Allerdings sind die Regelungen im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht des BGB nicht gleichlaufend. Nach ihrem Wortlaut stellen sie teilweise auf unterschiedliche Voraussetzungen ab, teilweise schließen sie in der Rechtsfolge verschiedene Mängelrechte aus. Schließlich existiert bei einzelnen Vertragstypen bei Vertragsschluss oder Annahme des Vertragsgegenstandes keine Regelung.

### I. Mangelkenntnis bei Vertragsschluss

Das Kaufvertrags- und das Mietvertragsrecht beinhalten in § 442 Abs. 1 und § 536 b S. 1 und 2 BGB einen Ausschluss von Mängelrechten, wenn der Käufer oder Mieter einen Vertrag in Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis eines Mangels abschließt. Das Werkvertragsrecht kennt eine solche Regelung nicht. In der Literatur wird das Fehlen einer entsprechenden Regelung dahingehend ausgelegt, dass die rechtliche Bewertung einer Mangelkenntnis des Bestellers bei Vertragsschluss unerheblich sei.<sup>1</sup> Begründet wird diese Sichtweise damit, dass die geschuldete Leistung, das Werk, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existent sei und daher Mängel des Werkes nicht erkannt werden könnten. Eine gesetzliche Regelung sei daher entbehrlich. Diese Begründung erscheint zunächst nachvollziehbar und könnte der Grund dafür sein, dass der Gesetzgeber

---

<sup>1</sup> Kohler, JZ 2003, 1081 f.; Süle, Mangelkenntnis und Gewährleistung, S. 137 f.

bisher keine zu §§ 442 Abs. 1, 536 b S. 1 und 2 BGB korrespondierende Regelung im Werkvertragsrecht eingeführt hat.

Allerdings kann ein Käufer oder Mieter unter Umständen auch von einem Dritten Kenntnis eines Mangels des Vertragsgegenstandes erlangen, ohne dass ihm bei Vertragsschluss die Möglichkeit einer Inaugenscheinnahme des Vertragsgegenstandes eröffnet war. Der Wortlaut des § 442 Abs. 1 und des § 536 b S. 1 und 2 BGB setzt nicht die Kenntnis durch eine Inaugenscheinnahme oder Möglichkeit der Begutachtung bei Vertragsschluss voraus. Voraussetzung für den Ausschluss der Rechte ist allein die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis.

Ebenso kann der Besteller über eine solche Kenntnis bereits bei Vertragsschluss verfügen. Als Beispiel diene insoweit ein Malerauftrag. Ein Hauseigentümer fragt bei einem Maler einen wetterbeständigen Außenanstrich nach. Der Maler bietet ihm einen wetterbeständigen Außenanstrich unter Verwendung einer konkret bezeichneten Farbe an. Der Hauseigentümer weiß bereits aus anderen Maleraufträgen oder unter Umständen von einem Dritten zweifelsfrei, dass die vom Maler genannte Farbe für einen wetterbeständigen Außenanstrich nicht geeignet ist. Dennoch erteilt er auf das Angebot hin den Auftrag, ohne seine Bedenken zu äußern. Wie vorhergesehen, zeigt sich nach einiger Zeit, nachdem das Werk bereits vom Hauseigentümer unter Vorbehalt abgenommen war, dass die Farbe nicht den erforderlichen Anforderungen an einen wetterbeständigen Außenanstrich genügt. Der Hauseigentümer verlangt daher vom Maler Schadensersatz. Dieser ist sodann verpflichtet, die Kosten für einen neuen wetterbeständigen Anstrich zu tragen bzw. einen neuen Anstrich aufzutragen. Der Hauseigentümer könnte im Prozess dem Maler gegenüber sogar vorhalten, dass er ihm bei Vertragsschluss hätte mitteilen können, dass die verwendete Farbe nicht geeignet ist, ohne etwaige Rechtsnachteile nach der gesetzlichen Lage fürchten zu müssen. An dieser Stelle stellt sich die Frage, ob dies einem sachgerechten Interessenausgleich entspricht. Hätten ein Käufer oder Mieter bereits bei Vertragsschluss gewusst, dass die Kauf- oder Mietsache bei Gefahrübergang bzw. Überlassung an einem Mangel leiden wird, wären diese demgegenüber mit ihren Mängelrechten unabhängig davon, ob sie sich die Rechte bei Annahme vorbehalten hätten, ausgeschlossen gewesen.

Nicht in dieses Gefüge passt zudem die Regelung des § 651 S. 1 BGB. Danach finden auf einen Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen die Vorschriften über den Kauf und damit auch § 442 Abs. 1 BGB Anwendung. Die eigentliche Leistung des Auftragnehmers kann bei einem derartigen Vertrag ebenfalls nicht bei Vertragsschluss begutachtet werden. Gleichsam eines Werkvertrages ist die Leistung zukunftsorientiert. Dennoch hat der Gesetzgeber hier eine Regelungsbedürftigkeit der Kenntnis oder grob fahr-

lässigen Unkenntnis des Käufers von einem Mangel bereits bei Vertragsschluss dem Gesetzeswortlaut nach für erforderlich gehalten.

## II. Mangelkenntnis bei Annahme des Vertragsgegenstandes

Darüber hinaus bewertet das BGB teilweise auch die Mangelkenntnis des Leistungsempfängers zum Zeitpunkt der Annahme des Vertragsgegenstandes als rechtlich erheblich. In seiner Fassung bis zum 31.12.2001 sah das BGB noch im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht in den §§ 464, 536 b S. 3 und § 640 Abs. 2 BGB a.F. jeweils eine Regelung zum Gewährleistungsausschluss vor, wonach sich Käufer, Mieter und Besteller bei Mangelkenntnis zum Zeitpunkt der Annahme bzw. Abnahme des Vertragsgegenstandes lediglich auf Mängelrechte berufen konnten, wenn sie sich diese vorbehalten. Diese Regelungen wiesen zwar in der Rechtsfolge Unterschiede auf, es erfolgte jedoch bei jedem Vertragstyp eine rechtliche Bewertung der Mangelkenntnis.

Mit Aufhebung des § 464 BGB a.F. durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1. 1. 2002 wurden die Unterschiede indes merklich verstärkt. Eine Kenntnis des Käufers bei Annahme der Kaufsache soll nunmehr nach dem Wortlaut des Gesetzes folgenlos bleiben. Eine Kenntnis des Mieters bei Annahme der Mietsache führt dagegen zum Ausschluss aller Gewährleistungsrechte, sofern sich der Mieter diese nicht vorbehält. Eine Kenntnis des Bestellers bei Abnahme des Werkes schließlich lässt nach dem Wortlaut des § 640 Abs. 2 BGB lediglich die in § 634 Nr. 1 bis 3 BGB bezeichneten Mängelrechte bei fehlendem Vorbehalt entfallen. Schadensersatzansprüche bleiben danach unberührt.

In Rechtsprechung und Literatur wird konstatiert, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung gewöhnlich nur ordnungsgemäße Leistungen beanstandungslos entgegengenommen werden.<sup>2</sup> Diese Aussage unterscheidet nicht zwischen einzelnen Vertragstypen. Auf diese allgemeine Lebenserfahrung kann sich auch derjenige berufen, der die Leistung erbringt, also der Schuldner der Leistung. Er hat im Zeitpunkt der Entgegennahme durch den Leistungsempfänger die Vorstellung, dass sein Gegenüber mit der von ihm erbrachten Leistung einverstanden ist. Anderenfalls würde dieser sie reklamieren. Ein Käufer muss nach Aufhebung des § 464 BGB a.F. einen Mangel bei Entgegennahme der Leistung jedoch nicht anzeigen. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Verkäufer nicht wie andere Leistungsschuldner darauf vertrauen darf, dass auch der Käufer lediglich ordnungsgemäße Leistungen beanstandungslos entgegennimmt und was den Käufer

---

2 BGH NJW 2005, 3490 (3492); *Eyinck*, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 363 Rn. 2; *Olzen*, in: Staudinger, § 363 Rn. 2; *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, S. 162; *Witt*, NJW 2005, 3468 (3469).

in dieser Situation von einem Mieter oder Besteller unterscheidet, so dass sein Schweigen folgenlos sein soll.

Die Auswirkungen der unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen zeigen sich insbesondere an folgendem Beispiel: „Kauft“ jemand einen anzufertigen Anzug in einer Schneiderei, schließt er einen Vertrag gemäß § 651 BGB ab. § 651 BGB verweist umfassend auf die Anwendung der Kaufvertragsregelungen mit der Folge, dass § 442 BGB zur Anwendung gelangt. Allein die Kenntnis bei Vertragsschluss ist daher für einen Ausschluss der Mängelrechte entscheidend. Die Kenntnis eines Mangels bei Annahme des angefertigten Anzugs ist unerheblich. Bringt jemand hingegen seinen eigenen Anzug zu einer Schneiderei, um eine aufgegangene Naht nähen oder eine Hose kürzen zu lassen, kommt ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB zustande und eine Mangelkenntnis wird nach § 640 Abs. 2 BGB bewertet. Rechtlich erheblich ist daher allein die Kenntnis zum Zeitpunkt der Abnahme. Obwohl die entscheidende mangelhafte Leistung, eine schlecht genähte Naht, in beiden Fällen identisch ist, erfolgt die rechtliche Bewertung der Mangelkenntnis des Auftraggebers in beiden Fällen unterschiedlich. Im ersten Fall muss der „Käufer“ eine für ihn ersichtlich schlecht genähte Naht bei Annahme nicht reklamieren und sich Rechte wegen dieser nicht vorbehalten. Er kann später Mängelrechte unbeschadet erheben. Im zweiten Fall muss der Auftraggeber noch bei Abholung der Hose die schlecht genähte Naht anzeigen und seine Rechte wegen dieser vorbehalten, um seiner Mängelrechte nicht teilweise verlustig zu gehen.

Die Rechtslage war bis zur Aufhebung des § 464 BGB a.F. indes anders. Bis zum 31.12.2001 musste auch der Käufer sich Rechte wegen bei Annahme bekannter Mängel vorbehalten, um diese erheben zu können. Erst seit Aufhebung des § 464 BGB a.F. bewertet das Gesetz die Erheblichkeit der Mangelkenntnis des jeweiligen Leistungsempfängers im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht unterschiedlich.

Von *Schlechtriem* wird die Aufhebung des § 464 BGB a.F. als „*kurioser Fehler*“ bezeichnet. Seiner Ansicht nach könne eine Korrektur dieser Fehlentscheidung nunmehr lediglich über die Anwendung des § 363 BGB oder hilfsweise § 242 BGB erreicht werden.<sup>3</sup> Nach *Ehmann/Sutschet* zeugt die Argumentation der Bundesregierung zur Aufhebung des § 464 BGB a.F. von „*einiger Ratlosigkeit*“.<sup>4</sup> Denn bereits der Bundesrat hatte auf die Ungleichbehandlung des Mieters und Käufers trotz übereinstimmender Interessenlage hingewiesen.<sup>5</sup> *Peters/Jacoby* erklären wiederum, dass § 464 BGB a.F. zu Recht getilgt worden

---

3 *Schlechtriem*, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 71 (86).

4 *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 280.

5 BT-Drucks. 14/6857, S. 35.

sei. Der Kurs des Gesetzgebers erscheine jedoch wenig durchsichtig, da § 536 b BGB erhalten geblieben sei.<sup>6</sup>

*Kohler* sieht das Problem der Ungleichbehandlung nicht in der Aufhebung des § 464 BGB a.F., sondern vielmehr in der gleichzeitigen Beibehaltung des § 640 Abs. 2 BGB. Er hält § 640 Abs. 2 BGB für verfassungswidrig, da die Gruppe der Besteller willkürlich ungleich im Verhältnis zu der Gruppe der Käufer behandelt werde. Damit liege ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor.<sup>7</sup> Eine Berücksichtigung der Regelung in § 536 b S. 3 BGB erfolgt bei *Kohlers* Argumentation jedoch nicht.

Eine weitere Ungereimtheit zeigt sich in dem fehlenden Ausschluss der in § 634 Nr. 4 BGB bezeichneten Rechte im Rahmen des § 640 Abs. 2 BGB. Denn § 536 b S. 3 BGB schließt in der Rechtsfolge auch den Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch wegen eines Mangels aus, § 640 Abs. 2 BGB hingegen nicht. Bereits zu § 640 BGB a.F., der den Schadensersatzanspruch bei vorbehaltloser Abnahme ebenfalls nicht tangierte, wurde auf diese Ungereimtheit hingewiesen. Der Diskussionsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthielt in seinem § 633 Abs. 4 DiskE den Ausschluss aller Mängelrechte, also auch des Schadensersatzanspruches. In der Begründung hierzu wird darauf verwiesen, dass der Grundgedanke der Vorschrift keine Differenzierung zwischen den einzelnen Gewährleistungsrechten rechtfertige.<sup>8</sup> Dennoch hat der Gesetzgeber im Zuge der Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes keine Änderung der Rechtsfolge des § 640 Abs. 2 BGB vorgenommen. *Peters/Jacoby* halten die Rechtsfolge des § 640 Abs. 2 BGB für inkonsequent, da der Unternehmer Mängel in der Regel zu vertreten habe.<sup>9</sup> Dem Besteller entstehen daher im Ergebnis auch bei fehlender Vorbehaltserklärung keine Nachteile, da ihm die in § 634 Nr. 4 BGB bezeichneten Schadensersatzansprüche in jedem Fall erhalten bleiben. Diesen Vorteil genießt der Mieter nicht.

## B. Aufgabenstellung

Das System der Bewertung der Mangelkenntnis im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht erscheint nicht ausgereift. Gleichwohl wird diese Thematik in der Literatur eher „stiefmütterlich“ behandelt. Zumeist werden lediglich die einzelnen Regelungen in den einzelnen Vertragstypen unabhängig von den korrespondierenden Regelungen in den anderen Vertragstypen betrachtet und daher auch kein

---

6 *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, § 640 Rn. 55.

7 *Kohler*, JZ 2003, 1081 (1087).

8 Begründung zu § 633 Abs. 4 DiskE, abgedruckt bei *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung, S. 3 (315).

9 *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, § 640 Rn. 55.