

6. Abnahmeverpflichtung und Abnahmeverweigerung

Autor: Martin Loderer

Die Abnahme ist – juristisch betrachtet – eine rechtliche Wirkungen entfaltende Willenserklärung, mit der sich der Auftraggeber zum Bauwerk des Auftragnehmers positioniert. Mit der Abnahmeerklärung bringt der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er die Werkleistung als (zumindest im Wesentlichen) vertragsgemäß anerkennt. Dieses mit der Abnahme verbundene Anerkenntnis bringt für den Auftraggeber überwiegend negative und spiegelbildlich für den Auftragnehmer hauptsächlich positive und erwünschte Wirkungen mit sich (vgl. ► [Kapitel 7.2](#) zu den Wirkungen der Abnahme).

Wäre dem Auftraggeber die Abnahme freigestellt, so würde sich kaum jemals ein Auftraggeber finden, der überhaupt die – für ihn eher negative – Abnahme erklärt. Daher verpflichtet das geltende Werkvertragsrecht den Auftraggeber in § 640 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB ausdrücklich dazu, auf Verlangen des Auftragnehmers die Abnahme vorzunehmen. Ebenso ist die Abnahmeverpflichtung des Auftraggebers in § 12 Abs. 1 bis 3 VOB/B geregelt. Der Auftraggeber muss jedoch nur dann abnehmen, wenn auch der Auftragnehmer das Seine zur Abnahme getan hat. Die Voraussetzungen für die Abnahme, namentlich die im Wesentlichen vertragsgerechte Werkleistung, muss also der Auftragnehmer schaffen.

Sobald der Unternehmer alle geschuldeten Leistungen zumindest im Wesentlichen fachgerecht und in Übereinstimmung mit den bauvertraglichen Vorgaben erbracht hat, ist sein Bauwerk „abnahmereif“ bzw. „abnahmefähig“; die beiden Begriffe sind inhaltsgleich und werden in ► [Kapitel 6.2](#) näher erklärt. Von dem Moment an, in dem der Unternehmer die Bauleistung vertragsgerecht ausgeführt hat, darf er vom Bauherrn die Abnahme verlangen.

Fordert der Unternehmer die Abnahme, obwohl seine Werkleistung noch gar nicht abnahmereif ist, kann der Bauherr die Abnahme ablehnen; man spricht dann von einer berechtigten Abnahmeverweigerung. Der gegenteilige Fall, also die unberechtigte Verweigerung der Abnahme einer Bauleistung, kann für den Auftraggeber unangenehme Folgen nach sich ziehen (vgl. ► [Kapitel 6.1](#)). Regelmäßig noch nachteiliger ist es für den Auftraggeber aber, eine noch gar nicht abnahmefähige Bauleistung abzunehmen. Daher sollte die Abnahme gut überlegt sein. Grundsätzlich darf die Abnahme nur bei schwerwiegenden Defiziten versagt werden; dann ist die Abnahmeverweigerung aber auch dringend angezeigt.

Für Bauverträge, die ab dem 01.01.2018 abgeschlossen werden, hat der Unternehmer die Möglichkeit, im Fall einer Abnahmeverweigerung des Bauherrn nach § 650g BGB n. F. eine Zustandsfeststellung zu verlangen (vgl. ► [Kapitel 6.4](#)). Damit soll der Unternehmer in die Lage versetzt werden, seine Beweissituation zu verbessern und sich vor den Folgen nicht von ihm verursachter Schäden am Bauwerk zu schützen.

6.1 Abnahme als Bauherrenpflicht, unberechtigte Verweigerung

Der Bauherr ist beim BGB-Bauvertrag nach § 640 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB verpflichtet, das Bauwerk abzunehmen, sofern dieses im Wesentlichen frei von Mängeln und entsprechend der vertraglichen Vorgaben hergestellt ist; Ausnahmen von dieser Grundregel sind in ► [Kapitel 6.2](#) dargestellt. Für VOB-Bauverträge ergibt sich das mit abweichender Formulierung, aber inhaltlich ohne großen Unterschied auch aus § 12 Abs. 1 und 3 VOB/B.

Die Abnahmepflicht ist eine der drei Hauptpflichten, die das Werkvertragsrecht kennt:

Der Werkvertrag verpflichtet den Auftragnehmer zur Werkherstellung und den Auftraggeber zur Entrichtung des Werklohns (§ 631 Abs. 1 BGB). Diese beiden gegenseitigen Hauptpflichten prägen den Charakter des Werkvertrags: Austausch einer Werkleistung gegen eine Vergütung. Dem Auftraggeber obliegt als dritte Hauptpflicht die Abnahme, wenn das Bauwerk abnahmereif ist.

So hervorgehoben die Abnahmeverpflichtung des Bauherrn in § 640 Abs. 1 BGB gesetzlich geregelt ist, so überschaubar sind zumindest die direkten Folgen einer unberechtigten Verweigerung der Abnahme. Der Auftragnehmer, der die Abnahme grundlos verweigert, befindet sich mit der Abnahme in Verzug.

Das rechtliche Kuriosum, dass dieser Verzug gleichzeitig Schuldner- und Gläubigerverzug ist, wird in [▶ Kapitel 5.2.1](#) angesprochen.

Der Unternehmer kann den zur Abnahme verpflichteten, aber unwilligen Bauherrn auf die Abnahme verklagen. Eine solche Klage ist zwar rechtlich möglich, aber für die Praxis in aller Regel unsinnig. Der Unternehmer darf bei unbegründeter Verweigerung der Abnahme auch gleich die Vergütung einklagen, ohne zuerst die Abnahme zu erzwingen. Im Klageverfahren über den Werklohn wird dann über die Abnahmefähigkeit des Werks mitentschieden.

Falls der Auftraggeber dagegen die Abnahme berechtigt (und bei ab dem 01.01.2018 abgeschlossenen BGB-Bauverträgen unter Angabe mindestens eines Mangels, vgl. [▶ Kapitel 2.3](#)) verweigert, da das Bauwerk nicht abnahmefähig ist, treten die Abnahmewirkungen (vgl. [▶ Kapitel 7](#)) nicht ein. Weitere direkte Wirkungen kommen der begründeten Abnahmeverweigerung nicht zu. Der Auftragnehmer kann unvollständige Werkleistungen ergänzen, Mängel beseitigen und vertragswidrige Leistungen ändern. Sobald der Auftragnehmer erfolgreich nachgebessert hat und seine Leistungen nun abnahmereif sind, darf er vom Auftraggeber die Abnahme verlangen.



Praxistipp

Beim VOB-Bauvertrag hat der Bauherr die Möglichkeit, vom Unternehmer schon vor der Abnahme die Beseitigung von Mängeln zu verlangen; das ergibt sich aus § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B. Leistet der Unternehmer dem nicht Folge, kann der Bauherr Schadensersatz verlangen (§ 4 Abs. 7 Satz 2

VOB/B). Daneben darf der Bauherr dem Unternehmer eine Nachfrist zur Mangelbehebung setzen und für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Nachfrist die Kündigung des Werkvertrags androhen (§ 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B). Lässt der Unternehmer die Nachfrist – ganz oder zum Teil – ungenutzt verstreichen, ist der Bauherr zur (auch teilweisen) Kündigung berechtigt. Dieses Kündigungsrecht ergibt sich aus § 8 Abs. 3 VOB/B (vgl. ► [Kapitel 7.2.1](#)).

Daher bietet es sich für den Bauherrn an, mit der Abnahmeverweigerung zugleich (unter angemessener Fristsetzung und Androhung der Kündigung) die Beseitigung der Mängel zu verlangen, die der Abnahmefähigkeit im Wege stehen. So kann der Unternehmer zusätzlich unter Druck gesetzt werden, die Werkleistungen zügig sowie fach- und vertragsgerecht fertigzustellen.

Beim BGB-Bauvertrag kann der Auftraggeber vor der Abnahme formal betrachtet keine Mängel rügen, wenn nicht ausnahmsweise im Bauvertrag ausdrücklich ein Mangelrügerecht auch vor der Abnahme vereinbart ist. Auch das neue BGB-Bauvertragsrecht beinhaltet keine Mängelrüge vor der Abnahme und regelt für die Zeit vor der Abnahme keine Gewährleistungsrechte des Auftraggebers. Der Auftraggeber ist aber beim BGB-Bauvertrag berechtigt, dem Auftragnehmer zusammen mit der Abnahmeverweigerung eine angemessene Frist zur mangelfreien Fertigstellung der Bauleistung zu setzen. Dabei kann der Auftraggeber selbstverständlich bereits entdeckte Mängel benennen. Bei fruchtlosem Ablauf der Fertigstellungsfrist darf der Auftraggeber – wenn er dies

möchte – vom Vertrag zurücktreten (§ 323 BGB) und Schadensersatz verlangen (§§ 280 ff. BGB). Das führt dazu, dass der Auftraggeber die Bauleistung selbst auf Kosten des Auftragnehmers mangelfrei fertigstellen (lassen) kann (vgl. ► Kapitel 7.2.1).

6.2 Abnahmefähigkeit/-reife

Der Bauherr muss das vom Unternehmer zur Abnahme angebotene Bauwerk regelmäßig dann (aber auch nur dann) abnehmen, wenn es abnahme-reif ist.

In Ausnahmefällen darf der Auftraggeber allerdings auch einer abnahmefähigen Bauleistung die Abnahme vorläufig verweigern: Der Auftraggeber kann die Abnahme insbesondere dann einstweilen versagen, wenn und solange er keine Gelegenheit erhalten hat, das Werk einer Überprüfung zu unterziehen. Vom Auftraggeber kann erst dann verlangt werden, die Werkleistung als im Wesentlichen vertragsgerecht anzuerkennen, wenn er sich darüber auch ein Bild verschaffen konnte. Gerade bei technischen Anlagen wird man dem Auftraggeber gestatten müssen, vor bzw. bei der Abnahme einen Probe-lauf durchzuführen.



Praxistipp

Der Bauherr kann leicht in die Situation kommen, beim Abnahmetermin auf einen möglichen Mangel bzw. ein Mangelrisiko zu stoßen, das er mangels Fachwissen nicht abschließend verifizieren

und bewerten kann; das gilt nicht nur für den Laien. In solchen Fällen kann es für den Bauherrn sicherer sein, die Abnahme unter Verweis auf das vermutete Mangelrisiko zunächst zu verweigern. Streitigkeiten, zumindest mit kooperativen Unternehmern, sollten sich dadurch vermeiden lassen, dass der Bauherr dem Unternehmer einen zeitnahen neuen Abnahmetermin benennt, vor dem er den Mangelverdacht von sachkundiger Seite (Sachverständiger, Architekt etc.) verifizieren lassen oder zu dem er einen fachkundigen Helfer mitbringen kann.

Ist ein Abnahmetermin vereinbart, hat der Auftraggeber zudem Anspruch auf eine gemeinsame Abnahme mit dem Auftragnehmer. Erscheint der Auftragnehmer zum Abnahmetermin nicht, muss der Auftraggeber nicht abnehmen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Abnahme in Abwesenheit des Auftragnehmers durchzuführen, auch wenn die Bauleistung mangelfrei ist. Ist dem Auftraggeber allerdings eine Frist zur Abnahme gesetzt, sollte er die Abnahme gegenüber dem Auftragnehmer ausdrücklich und unter Verweis auf die Abwesenheit des Auftragnehmers beim Abnahmetermin (z. B. per E-Mail) verweigern. Bei BGB- und VOB-Bauverträgen, die ab dem 01.01.2018 abgeschlossen werden, muss der Auftraggeber zudem sicherheitshalber mindestens einen Mangel angeben (§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n. F.).

Umgekehrt muss der Bauherr in besonderen Fällen auch ein unter erheblichen Mängeln leidendes, nicht abnahmereifes Bauwerk abnehmen. Dies gilt beispielsweise in Sondersituationen, wenn der Bauherr zu erkennen gibt, dass er auf die Beseitigung des

Mangels gar keinen Wert legt oder den Mangel sogar bereits im Wege der Selbstvornahme beseitigt hat. Auch falls der Bauherr wegen eines erheblichen Mangels vom Unternehmer fordert, die Rechnung als Ausgleich für den Mangel zu kürzen, wird er nicht gleichzeitig wegen dieses Mangels die Abnahme verweigern können. Da es dem Bauherrn in derartigen Fällen augenscheinlich nur auf eine finanzielle Regulierung der Angelegenheit ankommt, muss er das Bauwerk unter Vorbehalt des Mangels (vgl. ► [Kapitel 7.2.4](#)) abnehmen. Selbst noch so gravierende und auf den ersten Blick scheinbar erhebliche Mängel sind keine Basis für eine Abnahmeverweigerung, wenn der Bauherr erkennbar das Bauwerk behalten will, aber keine Mangelbeseitigung, sondern eine rein finanzielle Abwicklung des Mangels anstrebt.

Nach einer anderen (nicht zu abweichenden Ergebnissen führenden) Ansicht soll der Bauherr in den vorstehend beschriebenen Fällen zwar nicht zur Abnahme verpflichtet sein, die Werklohnfälligkeit soll dafür aber auch ohne Abnahme eintreten („Übergang in das Abrechnungsverhältnis ohne Abnahme“, vgl. ► [Kapitel 7.2.5](#)).

Wann ist aber nun ein Bauwerk abnahmereif?

Eine Bauleistung ist grundsätzlich dann abnahmefähig, wenn sie zumindest im Wesentlichen

- fertiggestellt,
- frei von Mängeln und
- entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen zur Beschaffenheit des Bauwerks ausgeführt

ist.

Für die Praxis am Bau ist die Frage von zentraler Bedeutung, in welchen konkreten Fällen fehlende Restleistungen, Abweichungen von den Vertragsvorgaben und sonstige Mängel so wesentlich sind, dass keine Abnahmereife gegeben ist und der Bauherr die Abnahme verweigern darf. Diese Frage ist allerdings nicht für alle denkbaren Fallkonstellationen eindeutig und abschließend zu beantworten. Eine allgemeingültige und griffige Formel gibt es nicht. Dazu sind die möglichen Fallkonstellationen auch viel zu verschieden. Im Folgenden werden daher zunächst die bisher von den Gerichten herangezogenen Bewertungskriterien dargestellt. Anschließend folgen Beispiele, die ein Gefühl dafür vermitteln können, ob Mängel die Abnahmeverweigerung rechtfertigen oder nicht.

Bewertungskriterien der Gerichte

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Versagung der Abnahme unberechtigt, wenn die Unzulänglichkeiten des Bauwerks nach Art, Umfang und insbesondere Auswirkung so unbedeutend sind, dass der Bauherr kein schützenswertes Interesse an einer Mängelbeseitigung vor der Abnahme haben kann. Dann sieht der Bundesgerichtshof in der Verweigerung der Abnahme einen Verstoß des Bauherrn gegen Treu und Glauben und ein rechtswidriges Vorgehen. Bei der Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Mängeln sind von Bedeutung

- die voraussichtliche Höhe der Mängelbeseitigungskosten,
- ob und wie schwer die Funktionsfähigkeit des Bauwerks durch den Mangel beeinträchtigt ist und

- ob es dem Auftraggeber trotz des Mangels zumutbar ist, das Bauwerk abzunehmen.

Dabei ist der Blick auf die Zweckbestimmung der Bauleistung zu wahren. Zu den einzelnen eben genannten Bewertungsmaßstäben im Detail:

Als erster grober Anhaltspunkt dafür, ob ein Mangel wesentlich ist, können die voraussichtlich erforderlichen **Kosten der Mangelbeseitigung** dienen. Je höher die Mangelbeseitigungskosten im Verhältnis zur Bauleistung ausfallen, umso eher wird der Bauherr die Abnahme verweigern dürfen. Klare prozentuale oder betragsmäßige Grenzen, ab wann die Kosten der Mangelbeseitigung einen erheblichen Mangel begründen, gibt es nicht. So vertrat ein Gericht die Auffassung, dass schon der mangelhafte Schallschutz an einem von insgesamt 25 Gebäuden (Auftragsvolumen ca. 3 Mio. Euro) bei Mangelbeseitigungskosten von nur ca. 15.000 Euro eine komplette Abnahmeverweigerung begründet. In diesem Beispiel genügten also Beseitigungskosten von nur ca. 0,5 % der Auftragssumme für einen wesentlichen Mangel. Dennoch können selbst weit kostenintensivere Mängel unwesentlich sein, wenn sie die Funktionsfähigkeit des Bauwerks nicht beeinträchtigen und die Abnahme für den Auftraggeber nicht unzumutbar machen.

Die ungehinderte **Gebrauchstauglichkeit der Werkleistung** für den vertraglich vorgesehenen oder vorausgesetzten Zweck steht im Mittelpunkt der Beurteilung, ob ein Mangel wesentlich ist. Mängel, welche die Funktionsfähigkeit insgesamt erheblich behindern, sind immer wesentlich. Dabei kommt es nicht

darauf an, ob der Mangel selbst im Verhältnis zur Gesamtbaumaßnahme bedeutend erscheint. So bestätigte ein Gericht die Abnahmeverweigerung eines Bauherrn, der die Abnahme eines Hauses hauptsächlich deshalb verweigerte, weil das Haus wegen fehlender Trittstufen zum Eingang nicht gefahrlos betreten werden konnte. Wegen einer Beeinträchtigung der Benutzung des Hauses als Ganzes kann also der geringe Mangel eines nicht benutzbaren Hauseingangspodests von Bedeutung sein.

An sich noch so kleine Mängel können zudem wesentlich sein, falls sie einer Genehmigung der Verwaltungsbehörden oder einer notwendigen behördlichen Abnahme entgegenstehen.

Ein und derselbe Mangel kann in unterschiedlichen Fallkonstellationen ein wesentlicher oder ein unwesentlicher Mangel sein. Beispielsweise wird eine defekte Türklingel an einem schlüsselfertig errichteten Einfamilienwohnhaus keinen relevanten Mangel darstellen. Anders liegt der Fall, wenn sich der Auftrag darauf beschränkt, eine neue Klingelanlage zu installieren. Solange diese nicht funktioniert, besteht keine Abnahmereife. Dies zeigt, dass stets im Auge zu behalten ist, wie bedeutsam ein Mangel im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der geschuldeten Bauleistung ist.

Die Wesentlichkeit eines Mangels darf auch nicht nur an rein objektiven Gesichtspunkten festgemacht werden. So können subjektive Aspekte die Abnahme für **den Auftraggeber unzumutbar** machen. Wenn der Auftragnehmer etwa vom Auftraggeber konkret geäußerte Wünsche oder dessen – für den Auftrag-

nehmer erkennbare – Bedürfnisse missachtet, wird dem Auftraggeber die Abnahme nicht zuzumuten sein. Wer für einen Bauherrn, der auf einen Rollstuhl angewiesen ist, einen barrierefreien Bungalow errichten soll, wird z. B. im Fall von mit dem Rollstuhl unüberwindlichen Schwellen nicht die Abnahme verlangen können – ganz gleich, ob das Gebäude ansonsten mangelfrei ist und mit wie geringem Aufwand die Barrierefreiheit nachträglich hergestellt werden kann.

Auch der Grad des Verschuldens des Auftragnehmers kann im Einzelfall eine Rolle spielen. Je weniger Schuld den Auftragnehmer an der Entstehung des Mangels trifft, umso eher hat der Auftraggeber den Mangel als unwesentlich hinzunehmen und das Werk trotz (bzw. unter Vorbehalt, vgl. ► [Kapitel 7.2.4](#)) des Mangels abzunehmen. Leichtfertig oder z. B. aus grobem Desinteresse für die Belange des Bauherrn verschuldete Mängel vermitteln dagegen schneller ein Recht, die Abnahme zu verweigern.

Schließlich kann es eine Rolle spielen, mit welchen Beeinträchtigungen die Beseitigung eines Mangels verbunden ist. Auch eher überschaubare Mängelsachverhalte können der Abnahme entgegenstehen, sofern deren Sanierung mit massiven und/oder langwierigen baulichen Maßnahmen verbunden sind, die eine Nutzung des Werks erheblich beeinträchtigen.



Hinweis

Zusammengefasst ist ein Mangel immer dann wesentlich, wenn dem Auftraggeber die Abnahme unzumutbar ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Werkleistung nicht funktionsfähig ist

oder sonstige gewichtige technische, wirtschaftliche oder subjektive Gründe der Abnahme im Wege stehen.

Beispiele für Mangelsachverhalte, welche die Abnahmeverweigerung (nicht) rechtfertigen

Eine Vielzahl an sich unwesentlicher Mängel kommt stets einem wesentlichen Mangel gleich. Weisen z. B. vom Unternehmer verlegte Fliesen wenige kleinere Überzähne oder einzelne Fliesen Farbabweichungen auf, muss der Bauherr die Fliesenarbeiten abnehmen. Er kann vom Unternehmer selbstverständlich auch nach der Abnahme die Beseitigung der Überstände bzw. den Austausch von Fliesen mit Fehlfarben verlangen, wenn er sich die einzelnen Mängel bei der Abnahme vorbehält (vgl. ► [Kapitel 7.2.4](#) zum Vorbehalt von Mängeln). Sollte aber nahezu jede Fliese Höhenunterschiede zur anliegenden Fliese aufweisen oder fast der gesamte Fliesenboden unter Farbfehlern leiden und möglicherweise gar noch zusätzlich Fehler im Fugenbild vorliegen, kann die Summe der für sich betrachteten unwesentlichen Mängel die Abnahmefähigkeit ausschließen. Konkret wurde von einem Gericht bei einem Anteil von 16 % Fliesen mit unzulässigen Farbabweichungen ein wesentlicher Mangel angenommen.

Ein **Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik** hindert die Abnahmereife, es sei denn, der Verstoß betrifft nur unbedeutende Teilleistungen und kann beseitigt werden.

Ein wesentlicher Mangel liegt vor, wenn die **Bauleistung in relevantem Umfang dem Auftrag widerspricht**. Falls beispielsweise für eine einzubauende Heizungsanlage ein konkretes Fabrikat/System vereinbart ist, muss der Auftraggeber kein abweichendes Fabrikat abnehmen, auch wenn dieses möglicherweise genauso gut, genauso teuer, genauso geeignet und uneingeschränkt fachgerecht eingebaut ist. Niemand käme auf die Idee, dass der Käufer eines Neuwagens vom Autohändler ein technisch und preislich vergleichbares Modell eines anderen Herstellers annehmen müsste; genauso verhält es sich grundsätzlich auch im Werkvertragsrecht. Natürlich wird eine Abnahmeverweigerung ausscheiden, wenn das verwendete Fabrikat für den Auftraggeber keine große Rolle spielt oder schon in der vertraglichen Leistungsbeschreibung vermerkt ist, dass das Produkt XY "oder gleichwertig" installiert werden soll.

Mängel, welche die Lebensdauer der Werkleistung signifikant senken (gerichtlich entschieden für abweichend von der Ausschreibung ausgeführte Schweißnähte bei einer Lebensdauerreduzierung von 35 %), sind erheblich und stehen der Abnahme entgegen.

Fehlende Unterlagen, die erforderlich sind, um die Ordnungsmäßigkeit der Leistung zu belegen und/oder für die Benutzung notwendige Nachweise beinhalten, können zur fehlenden Abnahmereife der (ggf. technisch komplett mangelfreien) Bauleistung führen. Hat z. B. der Auftragnehmer nach dem Vertragsinhalt Revisionspläne zu übergeben, kann der Auftraggeber die Abnahme der (ggf.

technisch einwandfreien) Bauleistung verweigern, bis er vom Auftragnehmer die geschuldeten Revisionspläne erhält. Wenn für die vertraglich vereinbarte oder vorausgesetzte Nutzung behördliche Genehmigungen oder Abnahmen nicht zu erhalten sind, weil vom Unternehmer beizusteuende Unterlagen unvollständig sind, ist das Bauwerk ebenfalls nicht abnahmefähig.

Selbst **erhebliche optische Beeinträchtigungen** können genügen, um dem Bauherrn die Abnahme unzumutbar zu machen und einen wesentlichen Mangel zu begründen. Gerade Bauwerke und Bauwerksteile, die repräsentativen Zwecken dienen sollen, können durch optische Mängel ihre Funktionsfähigkeit verlieren und sind dann nicht abnahmefähig. Wesentlich ist auch, ob die optischen Unzulänglichkeiten beseitigt werden können. Ist dies nicht der Fall, wird eher ein wesentlicher Mangel vorliegen (so gerichtlich entschieden für den Fall massiver, nicht mehr beseitigbarer Verschmutzungen von Steinmaterial) als bei korrigierbaren optischen Mängeln. Wenn der optische Fehler nachgebessert werden kann, wird dem Bauherrn regelmäßig die Abnahme unter Vorbehalt des Mangels zuzumuten sein; der Unternehmer muss die optischen Beeinträchtigungen dann nach der Abnahme beseitigen. Jedenfalls bei einem Zusammentreffen mit anderen Mängeln sind auch optische Mängel von Bedeutung.

Die Abnahmeverweigerung kann grundsätzlich nicht darauf gestützt werden, dass der Unternehmer das **Bauwerk verspätet hergestellt** und/oder zur Abnahme angeboten hat. Weist das Bauwerk

zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens keine wesentlichen Defizite auf, muss der Bauherr die Abnahme erklären; allerdings können ihm wegen der verzögerten Ausführung selbstverständlich Schadensersatz- oder Vertragsstrafenansprüche gegen den Unternehmer zustehen.

6.3 Abnahmeverweigerung

Der Bauherr muss nicht nur die Abnahme, sondern auch die Abnahmeverweigerung gegenüber dem Unternehmer erklären. Dafür ist eine Mitteilung ausreichend, dass die Abnahme verweigert wird, derzeit nicht erfolgen kann, die Abnahmereife fehlt o. Ä. Dies kann schriftlich, mündlich oder schlüssig erfolgen, wenn der Bauherr dem Unternehmer durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass eine Abnahme nicht in Betracht kommt. Die Abnahmeverweigerung sollte schon zu Beweis Zwecken schriftlich und mit Zugangsnachweis erklärt werden. Wenn der Bauherr die Abnahme explizit verweigert, sind zudem die fiktiven Abnahmeformen nach § 12 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen. Auch eine schlüssige Abnahme, etwa durch ungekürzte Bezahlung der Schlussrechnung oder Ingebrauchnahme, kann der Bauherr verhindern, indem er mit der Zahlung/Ingebrauchnahme die Abnahme ausdrücklich (am besten schriftlich und mit Zugangsnachweis) verweigert.



Praxistipp

Der Bauherr muss sich bei der Abnahme Rechte wegen aller ihm bekannten Mängel sowie Vertragsstrafen ausdrücklich und am besten schriftlich vorbehalten, um keinen Rechtsverlust zu erleiden

(vgl. ► [Kapitel 7.2.4](#)). Dies gilt zwar nicht für eine begründete Abnahmeverweigerung. Allerdings kann es nach einer unberechtigten Abnahmeversagung zur fiktiven Abnahme kommen; dann droht ein Verlust nicht vorbehaltenen Rechte wegen bekannter Mängel und Vertragsstrafen. Daher ist dem Bauherrn anzuraten, sicherheitshalber auch bei der Abnahmeverweigerung erkannte Mängel zu rügen und sich Vertragsstrafenansprüche vorzubehalten.

Zweckmäßig, aber nicht unbedingt erforderlich, ist bei BGB- und VOB-Bauverträgen, die bis zum 31.12.2017 abgeschlossen werden, eine Begründung der Abnahmeverweigerung. Die Versagung der Abnahme ist berechtigt, wenn die Leistungen des Auftragnehmers rein objektiv nicht abnahmefähig sind. Mängel, die im Rahmen der Abnahmeverweigerung gar nicht zur Sprache kommen, können später nachgeschoben werden und die Nichtabnahme rechtfertigen. Dies gilt selbst für Mängel, die dem Auftraggeber bei der Abnahmeverweigerung noch gar nicht bekannt waren.

Das gibt dem „offensiv“ eingestellten Bauherrn die Möglichkeit, die Abnahme zu verweigern, obwohl bislang entdeckte Mängel dies nicht rechtfertigen, und darauf zu spekulieren, dass weitere Mängel zutage treten. Erst später erkannte Mängel können die Abnahmeverweigerung im Nachhinein begründen. Für Bauherren, die zahlreiche noch nicht wesentliche Mängel oder Anhaltspunkte für mögliche wesentliche Mängel entdecken, kann es günstig sein, die Abnahme zunächst zu verweigern. Allerdings

muss klar sein, dass eine unberechtigte Versagung der Abnahme vertragswidrig ist und rechtliche Folgen nach sich ziehen kann (vgl. ► [Kapitel 5.2.1](#)).

Bei Bauverträgen, die ab dem 01.01.2018 abgeschlossen werden, wird der Bauherr nach § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. gezwungen sein, bei der Abnahmeverweigerung mindestens einen Mangel anzugeben (vgl. ► [Kapitel 2.3](#)). Ob es sich bei dem angegebenen Mangel um einen wesentlichen Mangel handeln muss oder ob die Benennung irgendeines Mangels genügt, solange nur ein anderer Mangel wesentlich ist, wird durch die Rechtsprechung zu klären sein.

6.4 Zustandsfeststellung nach § 650g BGB n. F.

Verweigert der Auftraggeber die Abnahme, stellt sich für den Auftragnehmer ein risikobehafteter Schwebezustand ein, insbesondere, wenn Streit besteht, ob das Bauwerk bereits vertragsgerecht hergestellt ist. Liegen eindeutige, wesentliche Mängel vor, liegt es am Auftragnehmer, diese zu beseitigen und den Auftraggeber anschließend zur Abnahme zu veranlassen. Sieht der Auftraggeber aber eine Ausführung als erheblich mangelhaft an, die aus der Warte des Auftragnehmers im Wesentlichen fach- und vertragsgerecht ist, wird der Auftragnehmer nicht nachbessern wollen.

Werden dann nach der Abnahme Beschädigungen festgestellt, muss der Auftragnehmer – mangels Abnahme und damit mangels Beweislastumkehr (vgl. ► [Kapitel 7.2.3](#)) – nachweisen, dass die Schädigung

nachträglich vom Auftraggeber verursacht wurde; dieser Beweis ist dem Auftragnehmer häufig nicht möglich, selbst wenn die Schädigung des Bauwerks auf den Auftraggeber zurückgeht. In diesem Fall ist der Auftragnehmer den Mängelrechten des Auftraggebers ausgesetzt.

Doch das ist noch nicht alles: Selbst wenn ein Schaden nicht vom Auftraggeber verursacht wurde, sondern von einem Dritten, oder ein Schaden ganz ohne Verschulden von irgendwem entstanden ist (z. B. Unwetterschäden), treffen die Folgen den Auftragnehmer; solange nicht abgenommen ist, trägt er das Risiko im Hinblick auf solche Zufallsschäden (vgl. ► [Kapitel 7.2.2](#)).

Hat der Auftraggeber die Abnahme trotz Abnahmefähigkeit zu Unrecht verweigert, befindet er sich im Abnahmeverzug (vgl. ► [Kapitel 5.2.1](#)). Aber auch das hilft dem Auftragnehmer kaum. Zwar geht die Gefahr von Zufallsschäden bei Abnahmeverzug auf den Auftraggeber über. Der Auftragnehmer ist aber einer doppelten Beweislast ausgesetzt, an der er sehr häufig scheitern wird. Zunächst einmal muss er belegen, dass das Bauwerk bereits abnahmefähig fertiggestellt und der Auftraggeber in Verzug mit der Abnahme war. Und selbst wenn dieser erste Schritt gelingt, bleibt nachzuweisen, dass es sich nicht um einen Mangel, sondern um einen Zufallsschaden handelt. Im Fall einer berechtigten Abnahmeverweigerung bleibt die Gefahr für den Eintritt von Zufallsschäden ohnehin beim Auftragnehmer.

Das neue BGB-Bauvertragsrecht will dem Unternehmer in solchen Fällen helfen. Nach § 650g BGB n. F., der für alle Bauverträge gilt, die ab dem 01.01.2018

geschlossen werden, kann der Unternehmer nach verweigerter Abnahme vom Bauherrn verlangen, dass der Zustand des Bauwerks gemeinsam und beweiskräftig festgestellt wird; damit soll er sich davor schützen können, wegen nachträglicher Beschädigungen in Anspruch genommen zu werden. Die Vorschrift zur Zustandsfeststellung gilt – da die VOB/B keine abweichende Regelung beinhaltet – für BGB-Bauverträge und VOB-Bauverträge gleichermaßen.

Verweigert der Bauherr unter Angabe mindestens eines Mangels die Abnahme, hat er nach § 650g Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands der Werkleistung mitzuwirken. Nach dem Wortlaut dieser neuen Vorschrift soll der Unternehmer keinen Anspruch auf eine Zustandsfeststellung haben, wenn der Bauherr die Abnahmeverweigerung ohne Angabe von Mängeln ausgesprochen hat. Denn: Wird dem Bauherrn eine Frist zur Abnahme gesetzt und lässt der Bauherr diese Frist schweigend verstreichen oder versäumt er bei Verweigerung der Abnahme das Benennen von mindestens einem Mangel, so tritt nach § 640 Abs. 2 BGB n. F. die Abnahme durch Fristablauf ein. In diesem Fall ist der Unternehmer aus der Warte des Gesetzgebers nicht auf eine Zustandsfeststellung angewiesen, da mit der fiktiven Abnahme grundsätzlich die Abnahmewirkungen eintreten, insbesondere der Übergang der Beweislast für Mängel sowie der Gefahr zufälliger Beschädigungen auf den Bauherrn.

**Hinweis**

An dieser Stelle scheinen Probleme vorprogrammiert: Rügt der Bauherr, der sich auf ein Abnahmeverlangen des Unternehmers gar nicht zur Abnahme geäußert oder diese ohne Angabe von Mängeln verweigert hat, nach dem Fristablauf wesentliche Mängel, läuft die Abnahme durch Fristablauf ins Leere. Die Beweislast und die Gefahr im Fall von Zufallsschäden bleiben beim Auftragnehmer; dieser findet sich damit wieder in der oben beschriebenen risikoträchtigen Position, ohne dem mittels einer Zustandsfeststellung nach § 650g BGB n. F. entgegenwirken zu können.

Folgen einer Zustandsfeststellung

Wird dem Auftraggeber die Bauleistung nach einer Zustandsfeststellung zur Nutzung überlassen, steht der Auftragnehmer fortan unter dem Schutz des § 650g Abs. 3 BGB n. F. Ist im Protokoll der Zustandsfeststellung kein offenkundiger Mangel vermerkt, wird gesetzlich vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Auftraggeber zu vertreten ist.

Der erste Teil dieser doppelten Vermutung bewirkt, dass die Beweislast dafür, dass ein offensichtlicher Fehler des Bauwerks (anders als gesetzlich vermutet) ein Mangel und keine nachträgliche Beschädigung ist, nun beim Auftraggeber liegt. Damit tritt die eigentlich erst mit der Abnahme verbundene Beweislastumkehr teilweise (beschränkt auf offenkundige Mängel) schon mit der Zustandsfeststellung ein.

Daneben tritt der zweite Teil der gesetzlichen Vermutung nach § 650g Abs. 3 Satz 1 BGB n. F.. Der Auftraggeber ist nun in der (oft schwierigen) Situation, belegen zu müssen, dass er das Defizit des Bauwerks nicht verursacht hat. Damit bleibt zwar die Gefahr hinsichtlich von Zufallsschäden beim Auftragnehmer. Dieser kann sich aber zurücklehnen, solange der Auftraggeber nicht nachweisen kann, dass die Beschädigung ohne sein Zutun entstanden ist.

Die beiden gesetzlichen Vermutungen kommen nach § 650g Abs. 3 Satz 2 BGB n. F. allerdings nicht zum Tragen, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Auftraggeber verursacht worden sein kann. Zu denken ist dabei z. B. an Fälle, in denen der Auftragnehmer statt vereinbarter Qualitätsfabrikate nur Billigprodukte oder gar gänzlich ungeeignete Bauprodukte verwendet hat. Ebenso wird der Auftraggeber nicht für einen klaren handwerklichen Fehler (z. B. eine unvollständig oder fehlerhaft eingebrachte Gewebearmierung beim Verputzen) oder gar für einen Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik (z. B. vorschriftswidrig ebenerdiger Anschluss einer Dachterrasse im Bereich einer Tür zur Terrasse) verantwortlich gemacht werden können.

Fraglich bleibt, was ein offenkundiger Mangel im Sinn des § 650g Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. ist – insbesondere, wie klar dieser erkennbar sein muss und auf welche Kenntnisse es dabei ankommt. Ein unerfahrener Auftraggeber wird viele Mängel nicht erkennen können, die einem Fachmann sofort ins Auge stechen. Bei einem nicht fachkundig beratenen Auftraggeber wird daher ein eher auftraggeberfreundlicher Maßstab anzulegen sein. Offen bleibt jedoch z. B., ob es auf

die Wahrnehmung des konkreten Auftraggebers oder die eines durchschnittlichen privaten Auftraggebers ankommt. Ebenso wird sich zeigen müssen, ob sich der Auftraggeber die Fachkompetenz seines Architekten oder eines sonstigen Beraters zurechnen lassen muss und – wenn ja – ob dies generell gilt, wenn dem Auftraggeber ein Architekt zur Seite steht, oder nur dann, wenn der Architekt bei der gemeinsamen Zustandsfeststellung zugegen war. Diese und weitere Unklarheiten wird die künftige Rechtsprechung zu beseitigen haben.

Einseitige Zustandsfeststellung

Bleibt der Bauherr einem Termin zur gemeinsamen Zustandsfeststellung fern, der einvernehmlich festgelegt oder vom Unternehmer mit angemessenem Vorlauf bestimmt wurde, darf der Unternehmer die Zustandsfeststellung nach § 650g Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. selbst vornehmen. Nur wenn der Bauherr den Termin unverzüglich aus einem relevanten Grund absagt, den er nicht zu vertreten hat, bleibt dem Unternehmer nach § 650g Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. eine einseitige Zustandsfeststellung ohne den Bauherrn verwehrt.

Eine vom Unternehmer berechtigt vorgenommene einseitige Zustandsfeststellung hat dieselben Rechtswirkungen wie eine gemeinsame Zustandsfeststellung: Wird dem Bauherrn das Bauwerk verschafft und ist im Protokoll der Zustandsfeststellung des Unternehmers kein offenkundiger Mangel vermerkt, wird nach § 650g Abs. 3 BGB n. F. vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom

Auftraggeber zu vertreten ist. Wie die Rechtsprechung mit künftig zu erwartenden Fällen des Missbrauchs dieser Regelung umgeht, muss sich zeigen.

Protokoll zur Zustandsfeststellung

Bei der Zustandsfeststellung muss in jedem Fall ein Protokoll erstellt werden, in das erkannte Mängel aufgenommen werden, gleich ob die Zustandsfeststellung gemeinsam oder einseitig erfolgt (§ 650g Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.). Ebenso soll stets das Datum der Zustandsfeststellung auf dem Protokoll vermerkt werden. Das Protokoll einer gemeinsamen Zustandsfeststellung ist vom Bauherrn und vom Unternehmer zu unterzeichnen, das einer einseitigen selbstverständlich nur vom Unternehmer; in diesem Fall muss der Unternehmer dem Bauherrn eine Kopie der einseitigen Zustandsfeststellung überlassen. Mehr regelt das neue BGB-Bauvertragsrecht zur Protokollierung der Zustandsfeststellung nicht.



Hinweis

Probleme sind zu erwarten, wenn bei einer gemeinsamen Zustandsfeststellung die Meinungen weit auseinandergehen und die Stimmung eskaliert. Klar ist, dass der Bauherr alles, was er als Mangel zu erkennen meint, im Protokoll vermerken muss; auch einen bloßen Mangelverdacht muss der Bauherr im eigenen Interesse protokollieren. Andernfalls läuft der Bauherr Gefahr, später von einem Gericht oder einem Gerichtssachverständigen zu hören, dass der Mangel, den er nur vermuten konnte, doch für jedermann offensichtlich sei. Bei einem fairen gegenseitigen Umgang wird es der Unternehmer hinnehmen, wenn der

Bauherr strittige Themen oder bloße Verdachtsmomente in das Protokoll aufnimmt; ebenso wird es der Bauherr akzeptieren, wenn der Unternehmer seine Gegenposition im Protokoll festhält oder zu einem Mangelpunkt Vermerke wie „bestritten“, „fachgerecht“, „wie vereinbart“ oder „innerhalb der Toleranzen“ hinzusetzt.

Es bedarf wenig Fantasie, sich vorzustellen, dass die Gerichte sich künftig mit Fällen auseinandersetzen haben, in denen der Unternehmer die Mängelrügen des Bauherrn durchstreicht oder gar unleserlich macht, der Bauherr daraufhin das Protokoll nicht mehr an den Unternehmer zur Kommentierung herausgibt und dieser zu guter Letzt die Unterzeichnung verweigert oder das Protokoll zerstört, statt es zu unterschreiben. Klar ist dabei, dass es im beiderseitigen Interesse des Bauherrn und des Unternehmers ist, die Zustandsfeststellung kooperativ zu gestalten. Der Unternehmer sollte ein hohes Interesse an einer Zustandsfeststellung haben, um in den Genuss der oben beschriebenen Vorteile zu gelangen. Für den Bauherrn ist es wichtig, alle für ihn erkennbaren Mängel zu protokollieren.