

Chancen und Risiken der fiktiven Abnahme nach neuem gesetzlichen Bauvertragsrecht

Rechtsanwalt André Bußmann
Bußmann & Feckler Rechtsanwälte PartmbB
Köln, Deutschland



Chancen und Risiken der fiktiven Abnahme nach neuem gesetzlichen Bauvertragsrecht

1. Die Abnahme im «allgemeinen Werkvertragsrecht»

Fall 1: Abnahme - brauch' ich nicht

Die Firma Gut Holz errichtet eine komplizierte Holzterrasse und rückt ab, ohne eine Abnahme durchzuführen. Darauf angesprochen antwortet deren Geschäftsführer, Herr Holz: «Das machen wir nie! Der Kunde findet das immer so komisch, wenn er noch was unterschreiben muss. Der denkt dann immer, wir wollen, dass er uns aus der Haftung freistellt.» Warum geht Herr Holz hier falsch vor?

Antwort:

Die Abnahme ist eines der für den Unternehmer wichtigsten Instrumente des Baurechts, zugleich aber maßlos überschätzt. Mit der Abnahme endet quasi die Errichtungsphase und es beginnt die Nachhaftungsphase. Tatsächlich sind einige Abnahmewirkungen für den Auftragnehmer von erheblicher Wichtigkeit:

- Mit der Abnahme beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche (umgangssprachlich: Gewährleistungsfrist) zu laufen.
- Die Gefahr hinsichtlich eines «zufälligen» Unterganges geht auf den Auftraggeber über.
- Ohne Abnahme wird die Schlusszahlung nicht fällig. Zudem kann man nach erfolgter Fertigstellung nicht mehr aus Abschlagsrechnungen vorgehen.
- Die Beweislast kehrt sich für alle nicht vorbehaltenen Mängel um: Muss der Auftragnehmer bis zur Abnahme beweisen, dass Mängel nicht vorliegen, ist es nach der Abnahme Aufgabe des Auftraggebers, die Existenz von Mängeln zu beweisen.
- Soweit nichts anderes vereinbart ist, müssen Vertragsstrafen wegen Verzuges zum Zeitpunkt der Abnahme vorbehalten werden. Geschieht dies nicht, verfallen sie.

Zumeist treten die wahren Probleme bei einer fehlenden Abnahme erst nach einiger Zeit auf. Der Klassiker liegt dann vor, wenn der Auftraggeber einen Teil der Schlussrechnung nicht zahlt, Mängel behauptet, dann lange Diskussionen stattfinden, mitunter Jahre später auf Restzahlung geklagt wird und der Auftraggeber sich auf die Mängel und eine fehlende Abnahme sowie fehlende Abnahmefähigkeit beruft. Der Auftragnehmer muss, um seine Vergütung zu erhalten, die Abnahmefähigkeit der Leistung beweisen und haftet vielfach noch für zwischenzeitlich entstandene Schäden.

Auch die Hoffnung innerhalb eines VOB/B-Vertrages auf die dortigen fiktiven Abnahmeformen des § 12 Abs. 5 VOB/B ist meist trügerisch. **§ 12 Abs. 5 VOB/B** lautet wie folgt:

«1. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.

2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.

3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.»

Hat der Auftragnehmer die VOB/B gegenüber einem Verbraucher verwendet, ist die genannte Klausel unwirksam. Wird die VOB/B von dem Auftraggeber eingeführt, sind die fiktiven Abnahmeformen des § 12 Abs. 5 VOB/B meist durch abändernde vertragliche

Regelungen ausgeschlossen, was nach überwiegender Auffassung der Literatur und Rechtsprechung bereits bei bloßer Vereinbarung der förmlichen Abnahme der Fall sein soll.

Dabei könnte es so einfach sein. **§ 640 Abs. 1 Satz 1 BGB** gibt es doch vor:

«Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen (...).»

Es handelt sich bei der Abnahme also um eine echte Vertragspflicht des Auftraggebers.

Fall 2: Gesagt, getan

Die Firma Gut Holz errichtet für Herrn Neureich einen neuen Carport. Nach der Beendigung tritt Herr Fleißig, ein neu eingestellter Bauleiter der Firma Gut Holz, an den Auftraggeber heran. Er berichtet ihm, dass die Bauarbeiten nun beendet seien und er das Ergebnis der Arbeiten gemeinsam mit ihm anschauen wolle. So begibt man sich zum Carport und Herr Fleißig führt den Auftraggeber herum. Am Ende fragt er ihn, ob der Carport nach seinem Geschmack sei. «Ganz hervorragende Arbeit, 1a!» äußert Herr Neureich. Nach Eingang der Schlussrechnung meldet sich Herr Neureich und meint, er werde diese im Moment selbstverständlich nicht begleichen. Zunächst müsse mit ihm die Abnahme durchgeführt werden. Trifft diese Ansicht zu?

Antwort:

Um diese Frage beantworten zu können, ist zunächst zu klären, was überhaupt eine Abnahme ist. Tatsächlich ist der konkrete Begriff weder in der VOB/B, noch in irgendeinem Gesetz definiert. Der Bundesgerichtshof erläutert ihn wie folgt:

«Die Abnahme ist die mit der körperlichen Hinnahme des Werks verbundene Billigung des Werkes als der Hauptsache nach vertragsgemäßer Leistung.»

Auf den ersten Blick verwirrt diese Definition sicherlich mehr, als sie hilft. Klar wird aber, dass die Abnahme aus zwei wesentlichen Elementen besteht, nämlich der «körperlichen Hinnahme» zum einen und der Billigung als «vertragsgemäße Leistung» zum anderen.

Die körperliche Hinnahme stellt quasi die Übergabe des Werks an den Auftraggeber dar. Dies erfolgt bei Arbeiten an Grundstücken regelmäßig automatisch, indem dem Auftraggeber die Nutzung ermöglicht wird.

Die Billigung als «vertragsgemäße Leistung» geschieht dadurch, dass der Auftraggeber sich in irgendeiner Form mit der fertigen Leistung zufrieden zeigt. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass keine Mängel mehr sichtbar sind. Es genügt, dass die Leistung «im Wesentlichen» vertragsgerecht ist. Dies formuliert **§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB** ausdrücklich wie folgt:

«Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.»

Inhaltlich beinahe deckungsgleich formuliert **§ 12 Abs. 3 VOB/B**:

«Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.»

Kleinere Mängel hindern die Abnahme also nicht.

Zur Abnahme genügt es nun, dass der Auftraggeber sich mit dem Ergebnis grundsätzlich einverstanden erklärt.

Dies dürfte hier der Fall sein: Indem der Herr Neureich sich lobend über den Carport äußert, hat er unzweideutig zu erkennen gegeben, dass er die erbrachte Leistung als «vertragsgemäße» anerkennt. Weiterhin sind keine Nutzungshindernisse festzustellen. Damit ist eine Abnahme erfolgt. Eine weitere Abnahmebegehung ist deshalb nicht erforderlich. Freilich mag im Bestreitensfall die Beweisführung für die Fa. Gut Holz etwas schwierig sein, weswegen sich eine förmliche Abnahme stets empfiehlt.

Fall 3: Taube Ohren

Die Firma Gut Holz soll ein Holzhaus für den Generalunternehmer Groß & Stark AG errichten. Nach Fertigstellung der eigenen Leistungen, wendet sich die Firma Gut Holz an die an die Groß & Stark AG, die jedoch erst dann einer Abnahmebegehung zustimmen will, wenn ihr Bauherr mit ihr eine solche durchgeführt hat. Das werde geschehen, sobald die Heizung und die Elektrik installiert und die Sanitärleistungen abgeschlossen seien. Danach übernehme der Kunde der Groß & Stark AG das Objekt zur Fertigstellung in Eigenregie. So lange kann und möchte die Firma Gut Holz nicht warten. Sie setzt der Groß & Stark AG eine Frist zur Durchführung der Abnahme, die diese - wie zu erwarten war - verstreichen lässt. Die Firma Gut Holz fragt sich, was sie nun noch tun kann, um die Wirkungen der Abnahme herbeizuführen.

Antwort:

Zunächst einmal sind die Vertragsverhältnisse zu trennen: Allein der Generalunternehmer hat einen Vertrag mit dem Bauherrn geschlossen. Die Firma Gut Holz hat ausschließlich mit dem Generalunternehmer kontrahiert. Dementsprechend hat sie gegen die Groß & Stark AG auch einen eigenen Abnahmeanspruch.

Sie darf auch nicht dahingehend vertröstet werden, es müsse erst eine Abnahme mit dem Bauherrn durchgeführt werden, da dies die Abnahmewirkungen in nicht mehr vertretbarer Weise zeitlich verschieben würde. Man stelle sich einmal eine Großbaumaßnahme vor. Der Tiefbauer, der die Baugrube aushebt müsste dann u.U. mehrere Jahre auf eine Abnahme warten. Dementsprechend kann die Firma Gut Holz die Abnahme eigenständig sofort nach Fertigstellung ihrer Arbeiten fordern.

Übrigens: Der Generalunternehmer könnte sich nicht einmal mit einer Klausel in seinen Geschäftsbedingungen dagegen wehren, aus welcher sich ergibt, dass eine Abnahme frühestens gemeinsam mit der Abnahme durch den Bauherrn durchgeführt wird. Eine solche Klausel ist nach § 307 BGB unwirksam.

Dennoch scheint die Firma Gut Holz in der Zwickmühle zu stecken. Da die Groß & Stark AG sich weigert, die Abnahme zu erklären, befürchtet sie, auf Abnahme zu klagen. Allerdings zeigt uns das Gesetz auch einen alternativen, ggf. Erfolg versprechenden Weg auf. Gerade das neue Bauvertragsrecht leistet dem Auftragnehmer hierbei gute Dienste. Schauen wir uns nachfolgend doch einmal an, welche Möglichkeiten das alte und welche Möglichkeiten das neue Recht bereithält:

Fall 4: Die Aufforderung zur Abnahme

Die Firma Gut Holz hat für die Pfefferkorn GmbH umfangreiche Holzarbeiten fertiggestellt und möchte nun eine Abnahme herbeigeführt wissen. Herr Grün schreibt hierzu das folgende Schreiben an die Pfefferkorn GmbH:

Sehr geehrte Damen und Herren,

unsere Leistungen haben wir fertiggestellt. Wir bitten nun um Abnahme bis zum 31.10.2018.

Mit freundlichen Grüßen
Gut Holz

Die Pfefferkorn GmbH meldet sich nicht, obwohl nachgewiesen werden kann, dass das Schreiben zugegangen ist. Und nun?

Antwort:

Für einen Werkvertrag, der vor dem 01.01.2018 abgeschlossen wurde, gilt noch das «alte» Recht. Schauen wir uns also zuerst einmal die **alte Fassung** des **§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB** an, der hierfür bereits eine Lösung vorsah:

«Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.»

Damit wäre, da sich die Pfefferkorn GmbH bis zum 31.10.2018 nicht geäußert hatte, die Abnahme fiktiv eingetreten.

Allerdings war die alte Regelung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB mit zahlreichen Problemen behaftet:

Gerade der letzte Halbsatz «obwohl er dazu verpflichtet ist» sorgte immer wieder für Zündstoff. Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ging nämlich davon aus, dass trotz der eigentlich bereits durch Fristablauf erreichten fiktiven Abnahme der Unternehmer weiterhin beweisen musste, dass seine Leistungen im Wesentlichen mangelfrei waren. Gelang ihm dieser Beweis nicht, wurde ihm die fiktive Abnahme quasi durch die Hintertür wieder genommen. Hieraus folgte, dass die Vorschrift erheblich abgeschwächt wurde, musste der Unternehmer doch quasi im vorausseilenden Gehorsam zum Zeitpunkt des Fristablaufs seine gesamte Leistung vollständig in einer Art und Weise dokumentieren, dass ihm später, wenn der Auftraggeber irgendwelche Mängel behauptete, die Möglichkeit gegeben war, zu beweisen, dass keine Mängel vorlagen, die eine Abnahmeverweigerung rechtfertigten.

In vielen Fällen mag dieser Beweis auch später noch zu führen sein. In einigen Fällen wird es fast unmöglich sein zu beweisen, dass der Mangel vor dem Zeitpunkt des Fristablaufs noch nicht vorhanden war. Das gilt umso mehr, als es nicht darum gehen wird, ob der Mangel sich bereits gezeigt hat. Auch eine Mangelursache, die erst einige Zeit später ein konkretes Mangelsymptom ausbilden wird, ist ein tauglicher Mangel.

Genau hier schloss sich ein weiterer Streit im Schrifttum an: Genügt es für den Auftragnehmer zu beweisen, dass sich zum Abnahmezeitpunkt noch keine wesentlichen Mängel gezeigt haben oder muss der Auftragnehmer bei Geltung des alten Rechts tatsächlich konkret beweisen, dass keine wesentlichen Mängel und somit auch keine wesentlichen verdeckten Mängel vorhanden waren? Gerade Letzteres kann um ein Vielfaches schwerer sein.

Es gibt jedoch noch ein weiteres Problem: Eine fiktive Abnahme war recht leicht zu verhindern. Äußerte der Auftraggeber bei einem vor dem 01.01.2018 geschlossenen Vertrag innerhalb der gesetzten Frist, er werde schlicht nicht abnehmen, musste er dies mit keinem Wort begründen. Allein die stumpfe Ablehnung zerschlug die Chance auf eine fiktive Abnahme.

Hat der Gesetzgeber es jetzt besser gemacht? Schauen wir es uns an:

Fall 5: Die stumpfe Ablehnung

Bei einem anderen Vertrag, den die Firma Gut Holz nunmehr am 02.01.2018 mit der Bös & Willig GmbH abgeschlossen hat, sind die Leistungen der Firma Gut Holz beendet worden. Sie schreibt:

Sehr geehrte Damen und Herren,

unsere Leistungen haben wir am 12.11.2018 fertiggestellt. Wir bitten nun um Abnahme bis spätestens zum 27.11.2018.

Mit freundlichen Grüßen

Am 26.11.2018 flattert bei der Firma Gut Holz ein Schreiben der Bös & Willig GmbH ein, in welchem diese stumpf mitteilt:

Sehr geehrter Herr Grün,

leider können wir die Abnahme derzeit nicht erteilen, da erhebliche Mängel existent sind.

Mit freundlichen Grüßen

Im Folgenden läuft die gesetzte Frist ab, ohne dass ein weiterer Kontakt stattfindet. Hat die Abnahme nun stattgefunden?

Antwort:

Nach altem Recht war es, wie bereits gezeigt, tatsächlich Gang und Gäbe, dass Abnahmen relativ lapidar verweigert wurden. Der Auftraggeber konnte damit die Abnahmefiktion sehr einfach verhindern.

Der Gesetzgeber hat nun festgestellt, dass die Regelung in **§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F.** das Ziel, einen einfachen Weg zu einer Abnahme zu ebnen, wohl verfehlt hatte.

Auch im aktuellen Recht wird an der Möglichkeit einer fiktiven Abnahme festgehalten, da sie als wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei unberechtigter Abnahmeverweigerung des Bestellers gesehen wird. Man hat allerdings Überlegungen angestellt, wie man dieses Instrument für die Auftragnehmer zukünftig effektiver ausgestalten könnte. Dabei wurde ein genaues Augenmerk darauf geworfen, die Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht zu verteilen. Es sollte vermieden werden, dass Auftraggeber von ihrem Abnahmeverweigerungsrecht missbräuchlich Gebrauch machen und den Auftragnehmer auf diese Art und Weise zumindest temporär und allzu leicht um deren Recht bringen können. Der alte § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB wurde nun durch **§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.** wie folgt reformiert:

«Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.»

Damit ist zunächst festgehalten, dass die Fiktion nicht nur dann eintritt, wenn sich der Auftraggeber gar nicht äußert, sondern auch dann, wenn er die Abnahme ohne Benennung mindestens eines Mangels ablehnt. In der Entwurfsfassung nach der ersten Lesung hieß es übrigens noch *«(...) unter Angabe von Mängeln (...)»*. Dies wurde nun präzisiert.

Fraglich ist jedoch, wie detailliert die Mängelbenennung vonstatten zu gehen hat und ob gegebenenfalls der von der Firma Bös & Willig im obigen Fall entworfene Text der Abnahmeverweigerung bereits ausreichend sein könnte.

Nach der Entwurfsbegründung soll der Besteller nicht zwingend alle Mängel angeben oder im Detail darlegen müssen. Es genüge, wenn er beispielsweise dem Unternehmer anhand eines Mangels mitteile, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit habe. Dabei genügt die Beschreibung des bloßen Mangelsymptoms. Die Mangelursache muss hingegen nicht benannt werden. Erfolgt eine solche Mängelrüge nebst Abnahmeverweigerung, ist die fiktive Abnahme gescheitert. Wird später (gerichtlich) überprüft, ob die Verweigerung wirksam ist, darf der Auftraggeber zudem weitere, in seinem Ablehnungsschreiben nicht genannte Mängel benennen. Auch diese sind dann bei der Bewertung der Berechtigung zur Abnahmeverweigerung zu berücksichtigen.

Vorliegend wird man, wenn die Leistung der Firma Gut Holz fertiggestellt ist, von einer (fiktiven) Abnahme ausgehen müssen. Die lediglich pauschale Bezugnahme auf erhebliche Mängel reicht nicht aus, eine wirksame Abnahmeverweigerung im Sinne des **§ 640 Abs. 2 BGB n.F.** zu erklären. Hier hätte die Bös & Willig GmbH zumindest das Mangelsymptom bezeichnen müssen.

Fall 6: Beweislasten

Im Fall 5 wendet die Bös & Willig GmbH nachträglich plötzlich erhebliche Mängel ein, die die Firma Gut Holz bestreitet. Lägen diese Mängel jedoch allesamt vor, müsste man davon ausgehen, dass wesentliche Mängel an der Leistung die Abnahme tatsächlich behindern könnten.

Es stellt sich die Frage, ob die Bös & Willig GmbH auf diese Art und Weise quasi rückwirkend die Abnahme noch verhindern kann und ob die Firma Gut Holz die Abnahmefähigkeit ihrer Leistungen im Zeitpunkt des Fristablaufs beweisen muss.

Antwort:

Wir hatten bereits dargestellt, dass **§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F.** insofern unter einem erheblichen Makel litt und dass der Auftragnehmer auch nach erlangter fiktiver Abnahme die Abnahmefähigkeit, also die Existenz maximal unwesentlicher Mängel beweisen musste. Gelingt dies nicht, verlor er die erlangte Abnahme wieder.

Diese erhebliche Schwäche will **§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.** nun aushebeln. Nochmals zum Text:

«Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.»

Mit dieser Formulierung tritt die Abnahme ein, wenn das Werk fertiggestellt ist und der Besteller innerhalb der gesetzten Frist sich nicht zurückmeldet oder aber die Abnahme zwar verweigert, jedoch keinen Mangel angibt. Von dem Erfordernis einer Abnahmefähigkeit und einer Verpflichtung des Auftraggebers zur Abnahme findet sich in der Neufassung nichts. Damit führt ein Schweigen oder eine Ablehnung unter Nichtbenennung von Mängeln nach aktuellem Recht zunächst einmal auch dann zur Abnahme, wenn tatsächlich wesentliche Mängel vorhanden sein sollten.

Überlegungen dahingehend, dass dies unfair sein könne, sind meines Erachtens fehl am Platze. Dies hängt damit zusammen, dass der Auftraggeber ohne weiteres durch Benennung nur eines entsprechenden Mangels die fiktive Abnahme verhindern könnte, zudem auch nach erfolgter Abnahme die Geltendmachung von Mängelrechten möglich bleibt.

Allerdings wird nun ein Terminus in das Gesetz eingeführt, den es zu beachten gilt. Voraussetzung dafür, dass die fiktive Abnahme funktioniert, ist die «Fertigstellung der Leistung». Damit soll schlicht vermieden werden, dass der Auftragnehmer eine Abnahme fordert, obwohl er noch mitten in der Ausführung steckt. Der Begriff der «Fertigstellung» ist insofern deutlich weiter als der der Abnahmefähigkeit. Dabei kommt es nur darauf an, ob die einzelnen Leistungen abgearbeitet bzw. erbracht sind, unabhängig davon, ob Mängel existent sind – die Gesetzesbegründung schreibt dies eindeutig.

Der Nachweis der Fertigstellung wird also deutlich leichter gelingen, als der Nachweis der im Wesentlichen gegebenen Mangelfreiheit, wie er nach der derzeitigen Fassung noch erforderlich wäre.

Es empfiehlt sich somit, mit der Fertigstellung der Leistung eine eindeutige, möglichst detaillierte Fotodokumentation zu fertigen, auf der erkennbar ist, dass das Leistungsverzeichnis «abgearbeitet» wurde. Diese sollte von einem auch später noch zur Verfügung stehenden Zeugen unter Abgleich mit dem Leistungsverzeichnis erstellt werden. Zudem empfiehlt sich auch eine schriftliche Dokumentation. Dann klappt es auch mit der fiktiven Abnahme, wenn der Auftraggeber keine wirksame Verweigerung ausspricht.

Fall 7: Bedeutsame Mängel

Die Firma Gut Holz hat mit dem beschriebenen Procedere erfolgreich gearbeitet, so dass sie dies nun dauerhaft durchführt. Nachdem sie auf Grundlage eines Vertrages vom 02.02.2018 ein Bauvorhaben für die Gewitzt & Schlau GmbH durchgeführt hat, versendet sie ein Schreiben, in dem sie auf die Fertigstellung hinweist und eine Abnahme innerhalb von zwei Wochen verlangt. Kurz vor Ablauf der gesetzten Frist geht folgendes Schreiben bei der Firma Gut Holz ein:

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass wir eine Abnahme Ihrer Leistungen nicht erklären können. Tatsächlich liegen mehrere Mängel vor. So sind beispielsweise die Terrassen seitlich des Hauses und im hinteren Garten massiv verschmutzt.

Mit freundlichen Grüßen

Die Firma Gut Holz meint, der behauptete Mangel sei «pillepalle» und wäre, wenn er überhaupt vorliegen würde, angesichts des Gesamtvolumens absolut unwesentlich, so dass eine Abnahme nicht verweigert werden könne. Und nun?

Antwort:

Schauen wir uns noch einmal die Formulierung des **§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.** an:

«Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.»

Man mag es als unfair empfinden, jedoch deutet der Wortlaut der Vorschrift nicht darauf hin, dass die Abnahmeverweigerung mit der Benennung von wesentlichen Mängeln oder eines wesentlichen Mangels einhergehen muss.

Der Gesetzgeber hat hierüber im Vorfeld verstärkt nachgedacht. Tatsächlich nämlich ist die Frage, ob Mängel wesentlich oder unwesentlich sind, häufig umstritten und schwierig. Es soll jedoch vermieden werden, dass Unklarheiten über den Eintritt der Abnahmefiktion entstehen. Daher soll es genügen, dass schlichtweg ein Mangel benannt wird, ohne dass bewertet wird, ob dieser Mangel wesentlich oder unwesentlich ist. Er muss sich lediglich als Mangel einordnen lassen, also eine Abweichung von der Soll-Beschaffenheit darstellen. Dies ist bei der Verschmutzung gegeben. Damit würde die von der Firma Gewitzt & Schlau formulierte Abnahmeverweigerung ausreichen und die fiktive Abnahme des **§ 640 Abs. 2 BGB n.F.** zu Fall bringen.

Allerdings wird man auch hier berücksichtigen müssen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben das gesamte Rechtswesen durchdringt. Dann also, wenn der Besteller offensichtlich treuwidrig Mängel quasi erfindet («Auf dem Holzdeck befindet sich ein Vogelschiss»), kann ggf. von einer Rechtsmissbräuchlichkeit ausgegangen werden, die die Verweigerung als nicht zulässig erscheinen lässt, so dass dennoch die fiktive Abnahme eintreten könnte. Die Hürden werden dabei aber relativ hoch sein, da nur Missbrauch verhindert, nicht aber die Unwissenheit des Auftraggebers bestraft werden soll. Im vorliegenden Fall sind für eine Treuwidrigkeit jedenfalls noch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Fall 8: Herr Neureich

Die Firma Gut Holz soll für Herrn Norbert Neureich auf Grundlage eines Vertrages vom 03.03.2018 ein Gartenhaus errichten, was sie tatsächlich auch tut. Nach Fertigstellung ihrer Leistungen verwendet sie das bereits bekannte Schreiben, in dem sie darstellt, dass ihre Leistungen fertig gestellt seien und sie um Abnahme bis zum 28.07.2018 bitte. Eine Rückmeldung des Herrn Neureich erfolgt nicht. Die Firma Gut Holz reibt sich die Hände, ist sie doch der Meinung, nun eine fiktive Abnahme erreicht zu haben. Trifft das zu?

Antwort:

Bislang haben wir lediglich einen Blick auf **§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.** geworfen. Hinzu tritt jedoch ein Satz 2, der gerade für das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern eine besondere Rolle spielt. **§ 640 Abs. 2 BGB n.F.** lautet nunmehr also in voller Länge:

«Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.»

Hintergrund dieser Neuregelung ist, dass von einem Verbraucher nicht erwartet werden kann, dass er sich über die Rechtsfolgen im Klaren sei, wenn er auf Fristsetzungen des Auftragnehmers schweige.

Wichtig ist, dass die entsprechende Belehrung mit der Abnahmeaufforderung zusammenfallen muss und dass eine nur mündliche Belehrung nicht genügt. Das an den Verbraucher gerichtete und zur Abnahme auffordernde Schreiben muss also länger ausfallen, als ein gegenüber dem Unternehmer geäußertes Verlangen. Während der unternehmerische Besteller keinerlei Hinweis erhalten muss, wie sein Schweigen ausgelegt wird oder dass er, will er die Abnahme verweigern, mindestens einen Mangel angeben muss, muss der Verbraucher in Textform darüber aufgeklärt werden, dass eine ohne Angabe mindestens eines Mangels verweigerte Abnahme oder ein Schweigen auf die Anforderung die Fiktion der Abnahme herbeiführe. Fehlt es an diesem Hinweis, kann die Fiktion nicht eintreten.

Noch unklar ist, wie detailliert die Information gegenüber dem Verbraucher erfolgen muss. So wird zum Teil vertreten, dass gegebenenfalls Hinweise auf die zumindest symptomatische Benennung des Mangels gegeben werden müssten, wohl um zu vermeiden, dass der Auftraggeber sich in der Pflicht sieht, etwaige Mängelursachen zu erforschen. Dies wiederum steht jedoch im Zusammenhang mit der Frage, mit welcher Detailtreue Mängel überhaupt im Sinne des **§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.** angegeben werden müssen, um die Fiktion zu verhindern.

Derzeit müssen wir diese Frage noch offenlassen, da auch eine zu detaillierte Information ungünstig sein könnte. Man stelle sich nur vor, dass dem Kunden durch die Information vermeintlich Verpflichtungen auferlegt werden, die in der späteren Auslegung des Gesetzes von ihm gar nicht verlangt werden durften. Derzeit sollte man also versuchen, die Information relativ nah am Gesetzestext zu formulieren und ggf. zusätzlich formulieren, dass die Angabe des Mangelsymptoms ausreichend sei.

2. Besonderheiten der Abnahme im Bauvertrag

Die vorstehenden Regelungen des Abschnitts I. dieses Skriptes gelten für alle Werkverträge, beginnend beim Schuhreparaturvertrag bis zum Hochhaus- oder Brückenbau. Die Reform enthält aber auch spezielle Regelungen zum Bauvertrag, die nur für einen solchen gelten. Was ein Bauvertrag ist, wurde in **§ 650a BGB** definiert:

«(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.»

Ist ein Bauvertrag abgeschlossen worden, gilt ergänzend § 650g BGB. Hier wird es nun richtig spannend:

Fall 9: Die Abnahmeverweigerung

Die Firma Gut Holz hat ein Bauvorhaben für die Lahm AG ausgeführt. Als sie ihre Leistungen fertiggestellt hat, teilt sie dies der Lahm AG mit und fordert diese auf, die Leistungen binnen zwei Wochen abzunehmen. Die Lahm AG verweigert die Abnahme und benennt sogar mehr als einen Mangel, von deren Existenz die Firma Gut Holz jedoch nicht überzeugt ist. Sie ärgert sich, da das Verhalten der Lahm AG offensichtlich Methode hat und fragt sich, welchen Schritt sie nun gehen sollte.

Antwort:

Tatsächlich wird aufgrund der Verweigerung unter Benennung mindestens eines Mangels auch im Bauvertrag die Abnahme des Bauvorhabens verhindert. Die allgemeine Vorschrift des **§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F.** gilt nämlich zunächst einmal auch dort:

«Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.»

Die Fiktion kann somit wegen der wirksamen Verweigerung der Abnahme nicht eintreten

Nach bisheriger Rechtslage wären damit die außerprozessualen Möglichkeiten der Firma Gut Holz leider ausgeschöpft gewesen. Sie müsste nun entweder auf Abnahme klagen oder ihren Vergütungsanspruch direkt klageweise geltend machen. Zumindest in der Zeit bis zur Tätigkeit des Gerichtsgutachters ginge sie dann das Risiko ein, dass sich die Leistung aus irgendwelchen Gründen verschlechterte. Aufgrund der Beweislastverteilung und der Tatsache, dass der Auftragnehmer bis zur Abnahme die mangelfreie Herstellung zu beweisen hat, ist dies jedoch höchst unbefriedigend, was den Gesetzgeber motiviert hat, eine Erleichterung für den Auftragnehmer zumindest für den Bauvertrag aufzunehmen.

So lautet **§ 650g Abs. 1 BGB n.F.** wie folgt:

«Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.»

Die gemeinsame Zustandsfeststellung ist freilich nicht mit der Abnahme zu verwechseln. Zwar mag das Ergebnis der gemeinsamen Feststellung sein, dass sich der Auftraggeber am Ende doch noch ein Herz nimmt und die Leistungen des Auftragnehmers ausdrücklich abnimmt. In der Regel wird es jedoch bei der reinen Zustandsfeststellung verbleiben, die – dies ist zu betonen – ebenfalls eine Fertigstellung der Leistung im Sinne der Abarbeitung des Leistungskataloges voraussetzt.

Zu beachten ist, dass die Zustandsfeststellung - ähnlich wie die förmliche Abnahme - aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anforderung schriftlich niedergelegt werden muss und von beiden Parteien sodann zu unterschreiben ist. Es stellt sich jedoch die Frage, was der Auftragnehmer mit einem solchen Dokument nun anfangen soll. Dies beantwortet der nächste Fall:

Fall 10: Gesucht, gefunden

Tatsächlich vereinbart die Lahm AG mit der Firma Gut Holz einen Termin zur Zustandsfeststellung. Es werden insgesamt 14 Mängel aufgenommen. Sodann trägt Herr Holz das aktuelle Datum ein und beide Parteien unterschreiben das Protokoll, welches nachfolgend beiden ausgehändigt wird. Nur drei Tage später rügt die Firma Lahm gegenüber der Firma Gut Holz, dass bei einer Holzbohle eine großflächige Abplatzung festzustellen sei. Unstreitig ist, dass diese Abplatzung im Protokoll nicht enthalten war, jedoch durchaus ins Auge fällt. Weder die Vertreter der Firma Gut Holz, noch die Vertreter der Lahm AG können sich erinnern, ob zum Zeitpunkt der Zustandsfeststellung genau diese Abplatzung bereits vorhanden gewesen ist. Die Lahm AG behauptet, hierauf komme es jedoch ohnehin nicht an, da offenbar die weitere Nachunternehmerin, die Lari & Fari GmbH, im Zuge einer Mängelbeseitigung an der Fassade offenbar diesen Schaden verursacht habe. Und nun?

Antwort:

Zunächst einmal hat die Firma Gut Holz alles richtig gemacht. Sie hat nach erfolgter Abnahmeablehnung den Feststellungstermin vereinbart und durchgeführt und ein ordnungsgemäßes Protokoll angefertigt. Allerdings kann man nun zu Recht die Frage stellen, was der Firma Gut Holz ein derartiges Protokoll überhaupt bringt. Dies beantwortet **§ 650g Abs. 3 BGB n.F.:**

«Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. (...)»

Wie in dem obigen Fall handelt es sich bei der Abplatzung tatsächlich um einen Schaden, der offen zu Tage trat. Genau so wird man auch einen offenkundigen Mangel zu definieren haben. Es darf sich nicht um einen solchen handeln, den man erst dann erkennen kann, wenn man weitere Untersuchungen anstrengt oder aber vielleicht sogar Öffnungen der

Bauleistung an Stellen veranlasst, die nicht zur Öffnung gedacht sind. Auf der anderen Seite wird man konkret zur Öffnung bestimmte Bereiche im Zuge von Zustandsfeststellungen öffnen und hereinsehen müssen. Dieser hinter der Öffnung liegende Bereich würde nämlich zu den leicht sichtbaren Bereichen zählen, so dass offenkundige Mängel auch dort relevant würden.

Offenkundig ist der Mangel regelmäßig dann, wenn er bei einer ordnungsgemäßen Zustandsfeststellung ohne weiteres hätte entdeckt werden müssen, wobei die jeweilige Fachkunde des Bestellers selbstverständlich für die Frage, was er hätte erkennen müssen, relevant ist.

Sicherlich wird im Einzelfall darüber gestritten werden, was offenkundig ist und was nicht. Hier dürften sich die Gerichte jedoch eindeutig positionieren.

Bei der im obigen Fall vorliegenden Offensichtlichkeit kommt nun die Konsequenz der Vorschrift zum Tragen: Es wird vermutet, dass der Mangelpunkt erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Ist das der Fall, haftet nämlich der Auftraggeber für diesen Mangel.

Man darf aber nicht unberücksichtigt lassen, dass es sich nur um eine Vermutung handelt. Das heißt, der Auftraggeber kann beweisen, dass der Mangel trotz fehlender Aufnahme im Protokoll bereits bei der Zustandsfeststellung existent war oder er zwar danach entstanden ist, er ihn aber nicht zu vertreten hat. In beiden Fällen fiele die Vermutung in sich zusammen. Dann würde wieder der Auftragnehmer haften, es sei denn, er dem Auftraggeber könnte hinsichtlich des Mangels bei bloßer Widerlegung der zeitlichen Komponente ein Verschulden an der Entstehung des Mangels zuweisen, also dessen Verantwortung beweisen.

Insofern darf man nicht vergessen, dass die Abnahme gerade noch nicht erfolgt ist, so dass die Abnahmewirkungen auch nicht eintreten. Das bedeutet, dass die Gefahr der Zerstörung der Beschädigung grundsätzlich weiterhin vom Auftragnehmer getragen wird. Zwar existiert nun eine Vermutung, dass der Auftraggeber Schuld an dem nicht festgestellten Umstand trägt, was zu einer Übertragung der Haftung auf ihn führt. Kann der Auftraggeber aber beweisen, dass er den vermeintlichen Mangel gar nicht verschuldet hat oder er schon bei der Zustandsfeststellung vorhanden war, bleibt es zunächst bei der Pflicht des Unternehmers, am (in der Zukunft gelegenen) Zeitpunkt der Abnahme ein mangelfreies Werk zu präsentieren.

Vorliegend behauptet die Lahm AG, die Abplatzung sei durch die Lari & Fari GmbH, eine weitere Nachunternehmerin, an dem fraglichen Objekt entstanden. Wenn sie dies schlussendlich beweisen kann, ist sie der Vermutung wirksam entgegengetreten. In diesem Fall würde sie für den entstandenen Schaden nicht haften und die Firma Gut Holz müsste sich um die Mängelbeseitigung bemühen.

Allerdings könnten die Firma Gut Holz gegebenenfalls, wenn entsprechende Ansprüche bewiesen werden könnten, bei der Lari & Fari GmbH Rückgriff nehmen.

Fall 11: Ich will nicht

Wie wäre der vorangegangene Fall zu entscheiden, wenn die Lahm AG keine Lust auf den Termin hat und ihm fernbleibt.

Antwort:

Was auf den ersten Blick höchst misslich erscheint, ist auf den zweiten Blick gar nicht so schlimm. Hierfür hat der Gesetzgeber nämlich ebenfalls eine Lösung gefunden, die den Auftragnehmer freuen wird. **§ 650g Abs. 2 BGB** regelt diesen Fall wie folgt:

«Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.»

Nun wird man nicht einfach ein Blatt ohne jede Mängelbezeichnung zusenden können, wenn einzelne Mängel sich deutlich abzeichnen. Da ausdrücklich von einer Zustandsfeststellung die Rede ist, muss sich auch aus der einseitig erstellten Unterlage ergeben, dass tatsächlich eine Dokumentation des aktuellen Zustandes erfolgt, also das Werk insbesondere vor Ort in Augenschein genommen und mit technischem (nicht juristischem!) Blick untersucht wurde.

Verhindert der Auftraggeber indessen eine örtliche Besichtigung durch den Auftragnehmer, wird dieser die Zustandsfeststellung sogar aus der Erinnerung heraus «durchführen» dürfen.

Achtung! Die formellen Vorgaben sind zwingend zu beachten. Eine ohne Datum und Unterschrift einseitig erstellte Unterlage ist somit bedeutungslos. Zwingend ist zudem, dass die Abschrift der Feststellung an den Besteller gelangen muss. Erst mit dem Zugang bei ihm, entfaltet die Unterlage Gültigkeit. Daher ist es besonders wichtig, den Zugang später beweisen zu können.

Fall 12: Das andere Holz

Die Firma Gut Holz hat für die Lahm AG unter anderem auch ein größeres Gartenhaus errichtet, bei dem vereinbart war, dass nur unbehandeltes Holz zum Einsatz kommen sollte und die Lahm AG den Anstrich später durch ein anderes Unternehmen durchführen lassen werde. Nach drei Wochen emsigen Arbeitens ist der Aufbau vollendet und die Firma Gut Holz erbittet die Abnahme, die unter Benennung eines Mangels abgelehnt wird. Bei der anschließenden Zustandsfeststellung werden in Anbetracht dieses Gartenhauses keine Einwendungen aufgenommen. Nach drei Tagen fällt der Lahm AG jedoch auf, dass ein völlig anderes als das bestellte Holz verbaut wurde, was aufgrund einer deutlich zu hellen Holzfarbe ohne weiteres erkennbar war. Die Lahm AG meint, es sei doch wohl ganz klar, dass sie für das Problem nicht verantwortlich sei; beweisen müsse sie ihre fehlende Verantwortung daher nicht. Auch die Firma Gut Holz fühlt sich im Recht und vertritt die Auffassung, durch die Zustandsfeststellung hafte die Lahm AG, da vermutet werde, dass der Mangel erst nach der Zustandsfeststellung eingetreten sei und die Lahm AG ihn verschuldet habe. Wer hat Recht?

Antwort:

Schauen wir uns nochmals **§ 650g Abs. 3 BGB n.F.** etwas genauer an. Dort heißt es:

«Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.»

Wir hatten bereits erwähnt, dass **§ 650g BGB n.F.** die Abnahmewirkungen nicht eintreten lässt. Die Gefahr liegt also grundsätzlich noch beim Unternehmer. Ihm kommen lediglich Beweiserleichterungen zugute. Hier wird man feststellen müssen, dass offensichtlich und sogar unstreitig ein anderes als das vereinbarte Material verwendet wurde. Der Gesetzgeber hat in seiner Gesetzesbegründung insbesondere dargelegt, dass ein Mangel dann nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht sein dürfte, wenn es sich z.B. um Materialfehler handelt oder der Mangel darin besteht, dass das Werk nicht nach den Planungsvorgaben hergestellt wurde. Das ist hier der Fall, sodass die Vermutung nicht durchschlägt.

Im Ergebnis gilt, dass man **§ 650g BGB n.F.** keine übermäßige Bedeutung zurechnen sollte. Man muss insbesondere stets im Hinterkopf behalten, dass durch ihn die Abnahme nicht ersetzt wird. Es muss also weiterhin das Ziel des Unternehmers bleiben, die Abnahme zu erlangen, um die Abnahmewirkungen herbeizuführen.

Dennoch ist **§ 650g BGB n.F.**, auch wenn fraglich sein mag, ob seine Vermutungswirkungen dem Auftragnehmer wirklich helfen, nicht bedeutungslos. Denn der Auftraggeber geht bei jeder schlampig geführten Zustandsfeststellung das Risiko ein, dass er für nicht gerügte Mängel anschließend keine Ansprüche gegen deren Auftragnehmer durchsetzen kann. Dies wird ihn veranlassen, möglichst alle Mängel aufzuführen, was zumindest dazu führen kann, dass der Unternehmer weiß, woran er ist und die Mängel beseitigen kann.

Die Rechtsprechung wird zeigen, ob man der Vorschrift ggf. weitere Bedeutung zumessen kann, z.B. dass aus der Mängelliste eine unberechtigte Mängelbeseitigung folgen kann.