

## 1. Bauherr muss kein Fachmann sein!

**E**in Bauherr muss nicht unbedingt Fachmann sein, wenn er Mängel rügt und zur Beseitigung der Mängel auffordert. Der Auftraggeber (Bauherr) genügt den Anforderungen an die Darlegung einer mangelhaften Abdichtung, wenn er nach seiner Behauptung darauf zurückzuführende Feuchtigkeiterscheinungen im Bauwerk vorträgt. Er muss weder darlegen, warum Nachbesserungsversuche gescheitert sind, noch welchen Weg die Feuchtigkeit im Bauwerk genommen hat.

**BGH - AZ: VII ZR 488/00 vom 17. Januar 2002**

## 2. Abnahme - nur unter Vorbehalt!

**D**enken Sie bitte immer daran: Es gibt keine Abnahme ohne Mängel. Es kommt nur auf die Art und den Umfang der Mängel an. Bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, wie z.B. dem Brandschutz, die Standsicherheit und dem Wärmeschutz, kann die Abnahme sogar verweigert werden! Klug handelt derjenige, der die Abnahme unter den Vorbehalt der Mängelbeseitigung stellt. Etwa so: "Die Abnahme des oben aufgeführten Gewerkes wird erteilt, wenn folgende Mängel bis zum ..... beseitigt sind".

Dass in einem solchen Fall keine Abnahme vorliegt, hat das OLG Saarbrücken nach einem zwölf Jahre dauernden Rechtsstreit festgestellt und den Bauunternehmer verurteilt, die Kosten der Mängelbeseitigung zuzüglich Zinsen und Verfahrenskosten zu tragen. Aus dem Urteil heißt es:

... "Enthält ein Abnahmeprotokoll die Formulierung, dass die Abnahme erteilt wird, wenn genau beschriebene Mängel nachfolgend beseitigt werden, liegt in der Unterschrift des Bauherrn noch keine Abnahme des Bauwerks."

... "Um den Lauf der Gewährleistungsfrist herbeizuführen, muss die ausführende Firma auf eine ausdrückliche Abnahme nach Mängelbeseitigung hinwirken. Die bloße Beseitigung der Mängel genügt nicht."

**OLG Saarbrücken - AZ: 7 U 930/01-212 vom 24. Juni 2003**

**BGH - AZ: VII ZR 211/03 - Beschluss vom 12. Mai 2005**

## 3. Mängel müssen beseitigt werden, wenn der AG es so will!

**D**er Bundesgerichtshof hat die Rechte von privaten Bauherren im November 2005 gestärkt. Danach können sich Bauunternehmer und Handwerker nicht mehr einfach nur durch eine Kürzung der Rechnungssumme von Mängeln am Bauwerk "freikaufen", sondern sind vielmehr dazu verpflichtet, das Werk ordentlich herzustellen.

In der Entscheidung des BGH heißt es wörtlich: „Ein Nachbesserungsverlangen ist auch bei erheblichem Aufwand für die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig, wenn ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers (AG) an einer mangelfreien Vertragsleistung besteht.“ Die Nachbesserung durch den Bauunternehmer oder Handwerker könne in diesem Fall nicht wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung verweigert werden.

**BGH - AZ: VII ZR 64/04 vom 10. November 2005**

## 4. Bauherr hat Anspruch auf Abnahme und Mängelbeseitigung!

**A**uch bei einer Kündigung des Bauvertrages muss der Bauherr die Rechnungen von Handwerkern bzw. Bauunternehmen erst nach Abnahme der bis dahin ausgeführten Leistung begleichen. Die Vertragskündigung während der Bauzeit führt nicht automatisch zur Zahlungsverpflichtung. Der Bauherr hat vielmehr einen Anspruch auf Abnahme und Mängelbeseitigung.

**BGH - AZ: VII ZR 146/04 vom 11. Mai 2006**

## 5. Vorsicht: unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen!

Ein Unternehmer, der aufgrund eines unberechtigten Mängelbeseitigungsverlangens den angeblichen Mangel durch Mitarbeiter besichtigen lässt und feststellt, dass die Mangelbehauptung nicht in seinen Verantwortungsbereich fällt, darf die dafür angefallenen Lohn- und Fahrtkosten unter Umständen als Schadenersatz verlangen (§ 280, Abs. 1 - BGB). Ein unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen nach § 439, Abs. 1 - BGB stellt eine zum Schadenersatz verpflichtende Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel des Kaufgegenstands nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt. Dadurch wird das Recht des Käufers, Mängelbeseitigung zu verlangen, nicht entwertet. Diese BGH-Entscheidung gilt auch für Werkverträge, also für alle gängigen Bauverträge; ein Gebäude gilt als „Werk“, seine Errichtung wird im „Werkvertrag“ vereinbart.

BGH - AZ: VIII ZR 246/06 vom 23. Januar 2008

## 6. Bauvertrag - Vertragsstrafe: Bauherr muss bei Abnahme den Vorbehalt erklären!

Soweit die Vertragsstrafenvereinbarung keinen Bezug auf ein Verschulden nimmt, führt das nicht zu deren Unwirksamkeit, da mit der Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag eine verschuldensabhängige Vertragsstrafenabrede getroffen worden ist.

Allerdings kann die Vertragsstrafe nur verlangt werden, wenn der Bauherr sich diese bei der Abnahme der Bauleistung vorbehalten hat. Der **Vorbehalt** muss bei der **Abnahme der Leistung ausgesprochen werden. Anderenfalls entfällt der Anspruch auf Vertragsstrafe.**

OLG Rostock – AZ: 4 U 55/08 vom 27. Januar 2009

## 7. Bauvertrag - Schlussrechnungs-Zahlung: Verzicht auf förmliche Abnahme?

Die Aufforderung an den Auftragnehmer, innerhalb einer gesetzten Frist seine Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären, genügt nicht für eine Fristsetzung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Vielmehr ist bei umfangreichen, zeitlich schwer abzuschätzenden Mängelbeseitigungsmaßnahmen zumindest eine Frist für den Nachbesserungsbeginn zu setzen. Nach Durchführung der Mängelbeseitigung durch Dritte ist eine Fristsetzung nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B hinfällig und kann z. B. wegen einer danach - vorsorglich erhobenen - Einrede der Verjährung gegen einen Schadenersatzanspruch aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B nicht mehr entbehrlich werden. Ein solcher Schadenersatzanspruch kann dann nicht mehr entstehen. Stellt der Auftragnehmer nach Beendigung der Arbeiten seine Schlussrechnung ohne ein Verlangen der vertraglich vereinbarten förmlichen Abnahme und zahlt der Auftraggeber den restlichen Werklohn bis auf einen nicht näher begründeten geringfügigen Betrag, der auf einen vertraglich vereinbarten Sicherheitseinbehalt oder auf lediglich geringfügige Mängel schließen lässt, kann das Verhalten der Parteien als übereinstimmender Verzicht auf eine förmliche Abnahme und eine konkludente Abnahme durch den Auftraggeber ausgelegt werden.

OLG Stuttgart – AZ: 10 U 9/09 vom 21. April 2009

## 8. Bauvertrag - Entbehrlichkeit der Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung

Eine Fertigstellungsanzeige im Sinne des § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B kann auch in der Schlussrechnungsstellung durch den Werkunternehmer liegen. Auf die fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 (ebenso wie nach Abs. 2) VOB/B kann jedoch dann nicht zurückgegriffen werden, wenn die Parteien ausdrücklich eine förmliche Abnahme vereinbart haben. Haben die Parteien die vereinbarte förmliche Abnahme schlicht "vergessen", so kann hierin ein beiderseitiger stillschweigender Verzicht auf die vereinbarte Förmlichkeit liegen, was wiederum zur Folge hat, dass eine stillschweigende

Abnahme durch schlüssiges/konkludentes Verhalten des Auftraggebers in Betracht kommt, wobei jedoch für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf eine vereinbarte förmliche Abnahme Zurückhaltung geboten ist. Zur Fälligkeit der Werklohnforderung bedarf es einer Abnahmeerklärung durch den Besteller nicht mehr, wenn das von dem Unternehmer erbrachte Werk abnahmereif ist und sich deshalb die Abnahmeverweigerung durch den Besteller, die in der Berufung auf die fehlende Abnahme liegt, als unberechtigt und damit unbeachtlich erweist.

OLG Düsseldorf – AZ: 5 U 142/08 vom 23. April 2009

**Tipp an Bauherren:** Es sollte unbedingt immer eine förmliche Bauabnahme (§ 12 Abs. 4 Nr. 1+2 VOB/B) im Bauvertrag vereinbart werden. Ein schlichtes Vergessen kann letztendlich für beide Vertragsparteien teuer werden. *umo*

## 9. Bauvertrag - Optische Mängel und Abnahmeverweigerung!

Die Prüfung optischer Mängel des Metallbaus wird in der Regel bei Außenbauteilen im Abstand von 5 m und bei Innenbauteilen im Abstand von 3 m durchgeführt. Verweigert der Auftraggeber die Abnahme endgültig, treten sämtliche Abnahmewirkungen mit der Verweigerungserklärung ein, d. h. der Auftraggeber kann, wenn er ein mangelhaftes Werk trotz Kenntnis des Mangels abgenommen hat, beim **BGB-Bauvertrag** die sich aus § 634 Nr. 1-3 BGB ergebenden Rechte nur geltend machen, wenn er sich diese **bei Abnahme vorbehalten** hat, wie aus § 640 Abs. 2 BGB hervorgeht. Das gleiche ergibt sich für den **VOB-Vertrag** aus dem Sinn und Zweck der Bestimmungen in § 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 4 und Nr. 5 Abs. 3 VOB/B.

OLG Schleswig – AZ: 17 U 15/09 vom 12. Juni 2009

## 10. Keine Abnahmeverweigerung bei fehlender/mangelhafter Dokumentation!

Die Beibringung der Bescheinigung nach § 66 Satz 2 BauO-NRW ist eine vertragliche Nebenpflicht, deren Verletzung eine Verweigerung der Abnahme nicht rechtfertigt, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht an der Werklohnforderung begründet. Die Druckprüfung einer Trinkwasseranlage nach DIN 1988 Teil 2 gehört zu den werkvertraglichen Hauptpflichten. Die unterlassene Druckprüfung stellt daher einen Mangel dar. Dieser Mangel ist aber unwesentlich und steht einer Abnahme nicht entgegen, wenn die Trinkwasseranlage tatsächlich dicht ist.

OLG Stuttgart - AZ: 10 U 119/09 vom 25. Januar 2010

Nach Fertigstellung des Werks ist der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet. Er darf die Abnahme nach Fertigstellung des Bauwerks wegen Mängel nur verweigern, wenn diese wesentlich sind (**§ 12 Nr. 3 VOB/B**). Ob ein Mangel **wesentlich** ist, bestimmt sich anhand der Art des Mangels, seines Umfangs und vor allem seiner Auswirkungen unter Berücksichtigung und Wertung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls insbesondere kommt es auf die Zumutbarkeitsgrenze aus objektiver Sicht im Verhältnis zwischen dem Vertragszweck und dem erbrachten Erfolg an. Ein wesentlicher Mangel wird dann vorliegen, wenn die Gebrauchsfähigkeit der Leistung aufgehoben oder erheblich beeinträchtigt ist. Die Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten ist ein gewichtiger Anhaltspunkt für die Wesentlichkeit eines Mangels, aber stets nur einer der zu berücksichtigenden Umstände. *umo*

## 11. Beginn der Verjährungsfristen!

Die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche des Bestellers unterliegen auch dann der Verjährungsregelung des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie vor der Abnahme entstanden sind. Die Verjährungsfrist beginnt erst zu laufen, wenn die Abnahme erfolgt oder endgültig verweigert wird.

BGH – AZ: VII ZR 171/08 vom 8. Juli 2010

## 12. Verschweigen unterlassener Bauüberwachung = Arglist!

**D**er Architekt muss dem Auftraggeber bei der Abnahme seines Werkes offenbaren, wenn er Teile der Ausführung des Bauwerkes bewusst vertragswidrig nicht überwacht hat. Unterlässt er dies, so hat er einen Mangel seines Werks arglistig verschwiegen. Unerheblich ist, ob er darauf vertraut, dass der Unternehmer mangelfrei gearbeitet hat.

**BGH – AZ: VII ZR 46/09 vom 5. August 2010**

**Was war geschehen?** Im Jahre 2006 stellte sich heraus, dass eine zwischen der in den Innenräumen eingebauten Vorsatzschale der Außenwände und der alten Außenwand geplante und vom Bauunternehmer auch abgerechnete Dampfsperre nicht eingebaut war. Dadurch gelangte in erheblichen Mengen Tauwasser auf die ursprüngliche Oberfläche der Außenwand und Feuchtigkeit konnte von unten in den Putz aufsteigen.

Der Beklagte (Architekt) habe gewusst, dass er den Einbau der Dampfsperre kontrollieren müsse, und nicht offenbart, dass er seiner Überwachungspflicht insoweit nicht nachgekommen sei. Er habe arglistig gehandelt und müsse so behandelt werden wie ein Bauunternehmer, der erkenne oder nur wegen organisatorischer Mängel nicht erkenne, dass er Pfusch abliefern und dies nicht offenbare. Eine Revision wurde nicht zugelassen.

**Ein Mangel des Architektenwerks liegt vor, wenn der Architekt seine Bauüberwachungsaufgaben nicht vollständig erfüllt.** Deshalb entlastet es entgegen der Meinung der Beschwerde den Beklagten nicht, wenn er auf die mangelfreie Einbringung der Dampfsperre durch den Unternehmer vertraut hat.

## 13. Bauvertrag - Treuwidrige Berufung auf Mängel

**D**er Werklohn wird ohne Abnahme auch dann fällig, wenn das Werk fertig gestellt ist und keine oder nur unwesentliche Mängel aufweist. In einem solchen Fall stellt sich die Abnahmeverweigerung des Auftraggebers nämlich gemäß § 12 - Nr. 3 - VOB/B 2006 als unberechtigt dar, so dass er sich gemäß § 242 BGB nicht auf das Fehlen der Abnahme berufen kann.

**OLG Brandenburg – AZ: 4 U 55/08 vom 20. Oktober 2010**

## 14. Bauvertrag - Verzicht auf förmliche Abnahme und Gewährleistungsbürgschaft

**S**ichert eine Bürgschaft Gewährleistungsansprüche "nach den Bedingungen des Vertrages" und sieht der Bauvertrag eine **förmliche Abnahme** vor, so ist eine Inanspruchnahme der Bürgschaft ausgeschlossen, wenn die Bauvertragsparteien auf eine **förmliche Abnahme verzichten** und eine solche auch nicht durchgeführt wird.

**OLG München – AZ: 13 U 3970/10 vom 24. Januar 2011**

**Zusatz:** Recht ist, dass die Vertragspartner eines Bauvertrages durch Abänderung der Sicherungsabreden den Inhalt der Bürgschaftserklärung der Bürgin **ohne deren Beteiligung nicht abändern können**. Darüber hinaus besagt die obergerichtliche Rechtsprechung, dass eine Inanspruchnahme der **Bürgschaft ausgeschlossen ist**, wenn bei einem durch den Wortlaut ausdrücklich eng begrenzten Umfang der Bürgschaftsverpflichtung die Parteien eine **abweichende Vereinbarung nachträglich ohne Beteiligung der Bürgin treffen**.

## 15. Architekten & Ingenieure - Keine Verjährung ohne Abnahme! (altes Schuldrecht)

Der Schadensersatzanspruch gegen den Architekten gemäß § 635 BGB verjährt nach § 634a BGB sofern diese Vorschrift gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) anwendbar ist. Die Verjährung beginnt erst, wenn die Abnahme erfolgt ist oder Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (siehe auch Seite 3, Nr. 15.: BGH – AZ: VII ZR 171/08 vom 8. Juli 2010).

BGH – AZ: VII ZR 61/10 vom 24. Februar 2011

## 16. Bauvertrag - Erklärung der Nichtabnahmefähigkeit schließt konkludente Abnahme aus

Ist die Frage eines optischen Mangels eines Werks durch Lichtbilder und/oder die technische Begutachtung eines Sachverständigen nicht ausreichend aufzuklären, ist das Gericht gehalten, einen Augenschein einzunehmen. Eine ausdrückliche Erklärung des Bestellers, das Werk sei nicht abnahmefähig, schließt eine anschließende konkludente Abnahme durch Ingebrauchnahme aus, wenn zwischen Mängelrüge und Ingebrauchnahme nicht nachgebessert wurde. Eine Selbstvornahme liegt nicht vor, wenn der Besteller nur nachteilige Auswirkungen eines Baumangels auf die Gebrauchstauglichkeit des Gebäudes, an dem die Bauleistungen erbracht werden, beseitigt, ohne den vom Unternehmer geschuldeten Erfolg zu bewirken. In einem solchen Fall bleibt der Unternehmer bis zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.

OLG Stuttgart - AZ: 10 U 116/10 vom 19. April 2011

## 17. Vorzeitig erklärte Abnahme ist wirksam, obwohl die Abnahmereife fehlt!

Eine trotz fehlender Abnahmereife vorzeitig erklärte Abnahme ist wirksam. Eine Anfechtung wegen Irrtums über den erreichten Bautenstand ist durch die Vorrangwirkung der §§ 633 ff. BGB ausgeschlossen.

OLG München - AZ: 9 U 2533/11 vom 13. Dezember 2011

**Was war geschehen?** Die Kläger erwarben durch notariellen Kaufvertrag eine Doppelhaushälfte von dem beklagten Bauträger. Obwohl die Außenanlage und die Tiefgarage noch nicht fertig gestellt waren, erklärten sie im September 2005 gegenüber dem Bauträger die Gesamtabnahme. Die fehlende Abnahmereife wurde im Abnahmeprotokoll festgehalten. Im Februar 2011 reichten die Erwerber wegen vorliegender Baumängel Klage ein. Der Bauträger macht die Einrede der Verjährung geltend.

Liegt eine vorzeitig erklärte Abnahme vor, kann sich der Auftraggeber nicht mehr darauf berufen, dass er im Irrtum über die Abnahmereife des Objekts gewesen ist. Die Vorwegabnahme bleibt wirksam und kann wegen der Vorrangwirkung der §§ 633 ff. BGB auch nicht durch Anfechtung beseitigt werden. Der Auftraggeber kann den Zeitpunkt seiner Abnahmeerklärung selbst bestimmen und es steht ihm somit frei, die Abnahme vor Abnahmereife zu erklären.

**Beachte:** Eine Abnahme ist immer erst dann zu erklären, wenn die Abnahmereife auch tatsächlich vorliegt. Da die Außenanlagen und/oder ähnliche Arbeiten selten mit dem Gebäude fertig gestellt werden, sollte dieser Sachverhalt bei der Abnahmeerklärung unbedingt beachtet werden! *Dipl.-Ing. (FH) Uwe Morchutt*

## **18. Bauabnahme: Viele kleine Mängel: Abnahme-Verweigerung!**

**W**egen zahlreicher kleiner Mängel lehnte ein Bauherr die Abnahme ab. Das Bauunternehmen pochte auf die Restforderung, da kein wesentlicher Mangel vorläge. Die OLG-Richter gaben dem Bauherrn Recht. Die vielen kleinen Nachbesserungen in Höhe von 16 700 Euro gegenüber der Restforderung von 42 000 Euro rechtfertigten eine Abnahme-Verweigerung!

**OLG München - AZ: 13 U 4378/07 vom 15. Januar 2008**

**Wahren Sie Ihre Rechte!**  
**[www.bauwissen-online.de](http://www.bauwissen-online.de)**