



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/67347035-e063-3ade-8414-63573478c14b>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Sebastian Zeyns
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2025, 539 - 545 (Heft 4)
Verlag	Werner Verlag

Zeyns, BauR 2025, 539

Der Abnahmeanspruch als Hauptleistungspflicht



von Rechtsanwalt Dr. Sebastian Zeyns, Düsseldorf

Mantraartig heißt es in der baurechtlichen Literatur, dass es zu den Hauptleistungspflichten des Auftraggebers gehört, die Leistung abzunehmen. Die Rechtsfolgen, die damit einhergehen, werden gleichwohl nur fragmentarisch besprochen. Der vorliegende Beitrag wird zeigen, dass der Anspruch verjähren kann, als Gegenforderung eines Zurückbehaltungsrechts dienen kann und Teilleistungen gefordert werden können.

I. Der Abnahmeanspruch als Hauptleistungspflicht



Die Abnahmeverpflichtung ist vom Gesetzgeber, neben der Vergütungspflicht, als zweite Hauptverpflichtung des Auftraggebers ausgestaltet worden.¹ Damit wird der Bedeutung der Abnahme (insb. Gefahrübergang, Fälligkeit der Vergütung, Darlegungs- und Beweislast, Mängelrechte und deren Verjährung) Rechnung getragen.² Es besteht ausdrücklich ein *Anspruch* auf Abnahme.³ Der Anspruch auf Abnahme entsteht mit der Fertigstellung. Der Anspruch ist sofort fällig, § 271 Abs. 1 BGB, falls keine abweichende Vereinbarung (innerhalb der Grenzen des § 271a Abs. 3 BGB) getroffen wird.⁴ Ist die VOB/B vereinbart, dann hat der Auftraggeber die Abnahme zwölf Werktagen nach dem Abnahmeverlangen zu erklären. Für die Durchsetzbarkeit des Abnahmeanspruchs kommt als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hinzu, dass der Auftragnehmer die Abnahme verlangt hat und dass der Auftraggeber die Gelegenheit hatte, die Leistung ausreichend zu prüfen.⁵

In der Rechtswissenschaft wird jedoch kaum thematisiert, dass der Anspruch auf Abnahme – wie jeder andere Anspruch auch – verjährt (dazu unter II bis IV) und erlischt (dazu unter V).

II. Die Verjährung des Abnahmeanspruchs

Der Anspruch auf Abnahme verjährt regelmäßig gem. §§ 195, 199 BGB, mithin innerhalb von drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in welchem der Anspruch entsteht und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Tatsachen und dem Schuldner Kenntnis erlangt oder erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB). Der Anspruch auf Abnahme entsteht mit der Fertigstellung. Die Kenntnis des Auftragnehmers von der Fertigstellung und dem Schuldner (dem Bauherrn) dürfte nahezu immer vorliegen, sodass es für den Verjährungsbeginn des Abnahmeanspruchs entscheidend auf die Fertigstellung des Werks ankommt.

„Auch der Anspruch des Unternehmers auf Abnahme der fertig gestellten Bauleistung verjährt in der Regelfrist. Fällig ist der Anspruch mit der mangelfreien Fertigstellung des Werks, so dass die Verjährung regelmäßig in diesem Zeitpunkt beginnt. Hingewiesen wird darauf, dass eine Vergütungsklage keinen Erfolg haben dürfte, wenn sie erhoben wird, nachdem der Anspruch auf Abnahme verjährt ist (...). Dem dürfte der Gedanke zugrunde liegen, dass die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung dann nicht mehr durchgesetzt werden kann, so dass die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht eintreten kann.“⁶

„Der Anspruch auf Abnahme ist eine Hauptpflicht des Bestellers, selbständig einklagbar und unterliegt ebenfalls der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren. Der Anspruch auf Abnahme entsteht gem. § 640 Abs. 1 BGB mit der ver-



tragsgemäßen Herstellung des Werks, also der Abnahmereife (...). Wird die Vergütungsklage (...) erhoben, nachdem der Anspruch auf Abnahme verjährt ist, dürfte sie keinen Erfolg mehr haben.“⁷

III. Die Hemmung der Verjährung des Abnahmeanspruchs

Die Verjährungshemmung kann – wie bei allen Ansprüchen – auf verschiedene Weise erreicht werden, wobei die wichtigen Fälle nachfolgend genauer betrachtet werden.

1. „Automatische“ Verjährungshemmung durch Verjährungshemmung der Vergütungsforderung?

Die Frage, ob die Verjährung des Abnahmeanspruchs gehemmt wird, weil die Verjährung der Vergütungsforderung gehemmt wird, kann nicht einheitlich beantwortet werden, sondern hängt von der konkreten Art der Verjährungshemmung ab. Sogleich wird bspw. dargelegt, dass die Frage für die Klageerhebung zweifelhaft, für den Verjährungseinredeverzicht in der Regel zu bejahen, für den Mahnbescheid und die Prozessaufrechnung jedoch abzulehnen ist.

2. Klageerhebung

Die Verjährungshemmung kann insbesondere durch eine klageweise Geltendmachung des Abnahmeanspruchs erreicht werden. Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass eine gesonderte Klage auf Abnahmeerteilung möglich ist.⁸



Da es sich bei dem Abnahmeanspruch um eine selbstständige Hauptleistungspflicht des Auftraggebers handelt und dieser Anspruch auch kein „Minus“ zur Vergütungsforderung darstellt, kann es zweifelhaft sein, ob die Verjährungshemmung auch dann eintritt, wenn der Abnahmeanspruch nicht ausdrücklich rechtshängig gemacht wird, sondern nur die Vergütungsklage rechtshängig ist. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass die Auslegung des Klageantrages, mit dem die Vergütung geltend gemacht wird, ergibt, dass damit konkludent auch der Abnahmeanspruch eingeklagt wurde.⁹ Jeder verständige Kläger, der gefragt würde, ob er mit der Vergütungsklage auch die Abnahmeforderung anhängig machen wolle, würde dies spätestens dann bejahen, wenn er darauf hingewiesen würde, dass die Vergütung grundsätzlich erst fällig ist und die Vergütungsklage nur dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn die Leistung abgenommen wird, § 641 BGB. Der BGH hat die Fälligkeit der Vergütung zwar auch ohne Abnahme bejaht, wenn der Auftraggeber die Abnahme bereits endgültig abgelehnt hat.¹⁰ Fehlt es an einer solchen endgültigen Erfüllungsablehnung jedoch, dann bedarf es des Konstrukts, dass die Vergütungsklage konkludent auch den Abnahmeanspruch erfasst, um dem wohlverstandenen Klägerbegehren gerecht zu werden und zur Verjährungshemmung zu gelangen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die ständige Rechtsprechung überzeugend, dass der Auftragnehmer im Falle der Abnahmereife direkt auf die Vergütung klagen kann und nicht zuvor die Abnahme einklagen braucht.¹¹ Die dogmatische Begründung liegt darin, dass der Klageantrag auf Vergütung den Abnahmeanspruch konkludent miterfasst. Das Ergebnis wird aus Gründen der Prozessökonomie von der herrschenden Meinung gewollt, weshalb dogmatische Bedenken in den Hintergrund rücken. Auch wenn in der Vergütungsklage konkludent die Geltendmachung des Abnahmeanspruchs gesehen wird, müsste streng genommen der Abnahmeanspruch, wenn dieser besteht, vom Gericht zunächst zugesprochen werden und auf der Grundlage dieses Urteils der Abnahmeanspruch – notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung (gem. § 894 ZPO, wenn das Werk bereits entgegengenommen wurde und gem. § 888 ZPO, wenn das Werk noch nicht entgegengenommen wurde) – durchgesetzt werden. Erst nach (zwangsweiser) Abnahmeerklärung liegen dann die Fälligkeitsvoraussetzungen vor und die Vergütungsklage ist begründet. Dass dieser Umweg nicht prozessökonomisch ist, ist zuzugestehen, sodass der Verfasser der BGH-Rechtsprechung ebenfalls viel abgewinnen kann.

Ob sich die Gerichte dieser Auslegung des Klageantrages, der nicht ausdrücklich auch den Abnahmeanspruch erfasst, stets anschließen, bleibt abzuwarten. Einem Auftragnehmer ist in jedem Fall zu raten, den Auftraggeber vor der Einreichung der Vergütungsklage nochmal ausdrücklich zur Abnahme aufzufordern und hierzu eine angemessene Frist zu setzen. Wird fristgemäß nicht wenigstens ein Mangel gerügt, gilt das Werk gem. § 640 Abs. 2 BGB als abgenommen. Wird die Abnahme endgültig verweigert, ergibt sich die Fälligkeit der Vergütung, falls die Verweigerung zu Unrecht erfolgt, aus der Rechtsprechung BGH, NJW 2008, 511 [BGH 08.11.2007 - VII ZR 183/05]. Gibt der Auftraggeber (unberechtigt) einen Mangel an, ohne die Abnahme endgültig zu verweigern, entspricht es dem sichersten Weg, neben der Vergütungsklage auch den Abnahmeanspruch ausdrücklich einzuklagen.

Wenn allein die Vergütungsklage erhoben wird, dann sprechen, wie vorstehend beschrieben, zwar gute Argumente dafür, dass der Abnahmeanspruch nicht verjährt, weil dieser konkludent in dem Vergütungsanspruch enthalten war; dies ändert jedoch nichts daran, dass das Gericht in der Regel nur darüber entscheidet, ob der Vergütungsanspruch besteht oder nicht. Der Auftragnehmer hat bekanntlich aus vielen anderen Gründen ein hohes Interesse an den Abnahmewirkungen (bspw. Verjährungsbeginn der Mängelansprüche). Wenn sich der Auftraggeber im Prozess unberechtigt auf einen wesentlichen Mangel beruft, wäre dem Auftragnehmer deshalb zu empfehlen, eine Zwischenfeststellungsklage gem. § 256 Abs. 2 ZPO zu erheben, mit der die Abnahmereife und ein Annahmeverzug des Auftraggebers rechtskräftig festgestellt wird. Beantragt der Auftraggeber die Abweisung der Zwischenfeststellungsklage, dann liegt spätestens darin eine endgültige Abnahmeverweigerung, sodass die Verjährung der Mängelrechte beginnt.¹² Durch den festgestellten Annahmeverzug geht die Gefahr gem. § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Auftraggeber über.

3. Verjährungseinredeverzicht

Die Verjährung des Abnahmeanspruchs ist bei der Gestaltung eines Verjährungseinredeverzichts aus Sicht des Auftragnehmers höchstvorsorglich zu beachten, indem neben den Vergütungsansprüchen auch der Abnahmeanspruch ausdrücklich von dem Verzicht erfasst wird. Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Erwähnung des Abnahmeanspruchs, so wird freilich die Auslegung regelmäßig gleichermaßen ergeben, dass nicht nur auf die Erhebung der Einrede der Verjährung des Vergütungsanspruchs, sondern auch auf die Erhebung der Einrede der Verjährung des Abnahmeanspruchs verzichtet wurde. Den Parteien geht es bei der Abgabe eines Verjährungseinredeverzichts um die Vermeidung eines Rechtsstreits – selbstverständlich wollen die Parteien daher nicht nur den Prozess über die Vergütungsforderung, sondern auch den Prozess über den Abnahmeanspruch vermeiden.

4. Selbstständiges Beweisverfahren

Beantragt der Auftragnehmer vor Abnahme¹³ ein selbstständiges Beweisverfahren, um feststellen zu lassen, dass sein Werk frei von wesentlichen Mängeln ist, dann erfasst die Verjährungshemmung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB neben dem Vergütungsanspruch auch den Anspruch auf Abnahme. Durch das selbstständige Beweisverfahren werden nämlich solche Ansprüche gehemmt, deren Voraussetzungen von der zu beweisenden Tatsache abhängen.¹⁴ Die Mangelfreiheit ist sowohl für den Abnahmeanspruch als auch für die Vergütungsforderung des Auftragnehmers von entscheidender Bedeutung.

5. Risiken im Mahnverfahren

Der Vergütungsanspruch kann auch durch Einleitung eines Mahnverfahrens gehemmt werden, § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Diese Möglichkeit ist – gerade kurz vor Ende der Verjährungsfrist – nach wie vor beliebt, da es die günstigste und schnellste Art der Verjährungshemmung ist.

Die Verjährungshemmung des Abnahmeanspruchs kann jedoch nicht durch Einleitung eines Mahnverfahrens erfolgen. Da es sich nicht um eine Geldforderung handelt, ist das Mahnverfahren nicht statthaft, § 688 Abs. 1 ZPO. Überdies setzt die Verjährungshemmung durch Einleitung eines Mahnverfahrens voraus, dass der Anspruch hinreichend individualisiert wurde.¹⁵ Dies ist betreffend den Abnahmeanspruch, der im Mahnantrag nicht aufgeführt ist und auch nicht aufgeführt werden kann, gerade nicht der Fall.

Wird der Vergütungsanspruch durch Einleitung eines Mahnverfahrens gehemmt, dann ändert dies mithin nichts daran, dass die Verjährung des Abnahmeanspruchs weiterläuft. Ob der Antragsteller einen Abnahmeanspruch konkludent ebenfalls geltend machen wollte, ist irrelevant, da das Mahnverfahren für den Abnahmeanspruch nicht statthaft ist. Zwar sind einzelne Zulässigkeitsmängel für die Bewertung der Verjährungshemmung irrelevant,¹⁶ jedoch gilt dies nicht für die fehlende Statthaftigkeit des Mahnantrages. Das OLG Bamberg hat es bspw. als rechtsmissbräuchlich eingestuft und die Verjährungshemmung versagt, wenn ein Anspruch, der von einer Gegenleistung abhängt, mit einem Mahnantrag geltend gemacht wird, bei dem unzutreffend angegeben wird, dass die Gegenleistung bereits erbracht sei.¹⁷ Zum Güteverfahren hat der BGH entschieden, dass eine Verjährungshemmung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit zu versagen ist, wenn bereits feststeht, dass der Antragsgegner nicht bereit ist, an einem Güteverfahren mitzuwirken, sodass von vornherein sicher ist, dass der Zweck des außergerichtlichen Güteverfahrens – die Entlastung der Justiz und ein dauerhafter Rechtsfrieden – nicht erreicht werden kann.¹⁸ Diese Wertung lässt sich übertragen. Der Abnahmeanspruch kann nicht per Vollstreckungsbescheid tituliert werden. Von vornherein steht daher fest, dass der Mahnantrag betreffend den Abnahmeanspruch keine Aussicht auf Erfolg hat, sodass der Einwand, der Abnahmeanspruch sei in der Verjährung gehemmt, rechtsmissbräuchlich wäre.

Wird nach einem Widerspruch das streitige Verfahren durchgeführt und ist der Abnahmeanspruch bis dahin verjährt, dann hat die Klage keine Aussicht auf Erfolg, wenn die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs – abweichend von § 641 BGB – nicht auf andere Weise erreicht wird (bspw. Abrechnungsverhältnis, endgültige Abnahmeverweigerung, obwohl Abnahmereife besteht).

6. Risiken der Prozessaufrechnung

Vorstehendes Risiko besteht ebenso, wenn der Vergütungsanspruch zur (Hilfs-)Aufrechnung im Prozess gestellt wird. Durch die Hilfsaufrechnung gelingt zwar die Verjährungshemmung der Vergütungsforderung, § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB, der Abnahmeanspruch ist jedoch nicht auf Geld gerichtet. Eine Aufrechnung mit dem Abnahmeanspruch scheidet mangels Gleichartigkeit i.S.d. § 387 BGB offensichtlich aus. Der Abnahmeanspruch könnte zwar im Wege eines Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden (hierzu sogleich unter Ziff. VI), jedoch ist § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB auf ein Zurückbehaltungsrecht weder direkt noch analog anwendbar.¹⁹ Der BGH hat hierzu ausdrücklich klargestellt, dass es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt, da Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht auch an anderer Stelle unterschiedlich behandelt werden (bspw. § 322 Abs. 2 ZPO).²⁰ Auch gem. § 205 BGB tritt keine Verjährungshemmung ein, da § 205 BGB auf *vertragliche* Leistungsverweigerungsrechte, nicht jedoch auf die *gesetzlichen* Zurückbehaltungsrechte gem. §§ 273, 320 BGB anwendbar ist.²¹

Ist die Fälligkeit der Vergütungsforderung noch nicht rechtssicher durch eine Abnahme erreicht, so genügt mithin die Verjährungshemmung durch Prozessaufrechnung nicht, da dadurch zwar der Vergütungsanspruch nicht jedoch der Abnahmeanspruch in der Verjährung gehemmt wird. In dieser Prozesssituation sollte mithin neben der Prozessaufrechnung eine Widerklage erhoben werden, mit der der Abnahmeanspruch (verjährungshemmend) eingeklagt wird.

IV. Die Rechtsfolgen der Verjährung des Abnahmeanspruchs

Für den Auftragnehmer wiegen die Rechtsfolgen der Verjährung seines Abnahmeanspruchs schwer:

Der Auftragnehmer hat keine Möglichkeit, die Fälligkeit seiner Vergütungsforderung zu erzwingen. Begeht der Auftraggeber keinen „Fehler“, indem er die Abnahme endgültig ablehnt oder ein Abrechnungsverhältnis entstehen lässt, sodass die Fälligkeit der Vergütung ohne Abnahme eintritt, dann kann der Auftragnehmer seine Vergütungsforderung nicht mehr erfolgversprechend geltend machen.²²

Bietet der Auftragnehmer die Abnahme an, was möglich ist, obwohl der Abnahmeanspruch verjährt ist, dann gerät der Auftraggeber i.S.d. § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verzug mit der Annahme, was dazu führt, dass die Gefahr auf den Auftraggeber übergeht.

Ohne eine Abnahme oder Abnahmesurrogat beginnt auch die Verjährungsfrist der Mängelansprüche nicht zu laufen (§§ 634a Abs. 2 BGB/13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B), was auf den ersten Blick treuwidrig erscheint. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, dass der BGH entschieden hat, dass Mängelansprüche vor der Abnahme nicht bestehen.²³ Verweigert mithin der Auftraggeber die Abnahme und beruft sich auf die Verjährung des Abnahmeanspruchs, um die fehlende Abnahme der Vergütungsforderung dauerhaft entgegenzuhalten, dann geht damit auch einher, dass der Auftraggeber keine Mängelrechte geltend machen kann. Der Anspruch auf Restfertigstellung verjährt jedoch regelmäßig (§§ 195, 199 BGB), sodass gewissermaßen ein Gleichlauf mit der Verjährung des Abnahmeanspruchs eintritt.

V. Das Erlöschen des Abnahmeanspruchs

Auch bei der Frage, wann der Abnahmeanspruch erlischt, ist zu berücksichtigen, dass es sich um einen gewöhnlichen Anspruch handelt.

1. (Konkludente) Abnahme

Wird die Abnahme ausdrücklich oder konkludent erteilt, dann erlischt der Anspruch auf Abnahme gem. § 362 Abs. 1 BGB. Eine (klageweise) Geltendmachung ist dann nicht mehr möglich. Steht zwischen den Parteien im Streit, ob eine konkludente Abnahme erteilt worden ist, so kann freilich der Auftragnehmer eine Feststellungsklage erheben, mit der festgestellt wird, dass die Abnahmewirkungen eingetreten sind.²⁴ Ein Feststellungsinteresse wird aufgrund der wesentlichen Rechtsfolgen, die mit der Abnahme einhergehen, regelmäßig zu bejahen sein. Falls das Gericht die konkludente Abnahme verneint, stellen sich für den Auftragnehmer zwar keine Verjährungsprobleme, da die Feststellungsklage die Verjährung des Abnahmeanspruchs gehemmt hat. Naturgemäß ist es für den Auftragnehmer jedoch sinnvoll, neben der Feststellungsklage hilfsweise einen Leistungsantrag zu stellen, der darauf gerichtet ist, das Werk abzunehmen. Wenn das Gericht die konkludente Abnahme im Rahmen der Feststellungsklage verneint, hat das Gericht über den Hilfsantrag zu entscheiden.

2. Abnahmefiktion

Gem. § 640 Abs. 2 BGB gilt das Werk als abgenommen,

„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.“

Dabei handelt es sich um eine *Abnahmefiktion*. Dieser Fiktion kommen grundsätzlich dieselben Wirkungen zu wie eine rechtsgeschäftlich erklärte Abnahme.²⁵ Da keine Erklärung des Auftraggebers erfolgt, in deren Zusammenhang ein Vorbehalt möglich wäre, tritt der Rechtsverlust gem. § 640 Abs. 3 BGB hingegen nicht ein. Dies ergibt sich auch daraus, dass in § 640 Abs. 3 BGB ausdrücklich auf die Abnahme gem. § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB verwiesen wird und nicht auf die Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 2 BGB.²⁶

Die Fiktion ändert aber nichts daran, dass der Anspruch auf Abnahme noch unerfüllt ist. Der Auftragnehmer kann diesen daher nach wie vor geltend machen und einklagen, wobei in der Klage das Rechtsschutzbedürfnis wohl näher darzulegen sein wird. Ein Grund für die Geltendmachung des Abnahmeanspruchs kann jedoch in § 640 Abs. 3 BGB liegen. Nach einer erklärten (und nicht nur fingierten) Abnahme kennt der Auftragnehmer seine To-dos – der Auftragnehmer muss nämlich die Protokollmängel abarbeiten. Weitere Mängel muss der Auftragnehmer nur beseitigen, wenn diese zum Zeitpunkt der Abnahme noch unbekannt waren, § 640 Abs. 3 BGB.

3. Das Abrechnungsverhältnis

Dasselbe gilt für das Abnahmesurrogat des sogenannten Abrechnungsverhältnisses. Sobald ein Abrechnungsverhältnis eintritt, ist zwar die Vergütung fällig,²⁷ die Gewährleistungsrechte²⁸ sowie deren Verjährungsfristen gelten²⁹ und die Gefahr geht über,³⁰ jedoch ist dadurch der Abnahmeanspruch des Auftragnehmers noch immer nicht erfüllt. Der Auftragnehmer kann die Abnahme noch immer geltend machen und seinen Anspruch einklagen, wenn er hierzu ein Rechtsschutzbedürfnis darlegen kann.



VI. Der Abnahmeanspruch als Gegenforderung eines Zurückbehaltungsrechts

Gerade zum Ende eines größeren Bauvorhabens stellt sich für den Auftragnehmer oftmals die ungünstige Situation ein, dass er die Abnahme benötigt, um die Fälligkeit seiner Vergütung zu erreichen, dass der Auftraggeber jedoch zuvor eine Vielzahl kleinerer Restleistungen von ihm einfordert. Der Auftraggeber macht dann die Abnahme von der Abarbeitung der Restleistungen abhängig. Um die Abnahme so schnell wie möglich zu erreichen, arbeitet der Auftragnehmer oftmals die geforderten Restleistungen ab, auch wenn diese womöglich unberechtigt gefordert werden oder unwesentlich sind. Dadurch kann eine erhebliche Verzögerung der Abnahme eintreten. Für den Auftragnehmer kann ein Ausweg darin liegen, sich auf den Abnahmeanspruch im Wege eines Zurückbehaltungsrechtes zu berufen.

Die Abnahme ist eine Hauptleistungspflicht des Auftraggebers. Es spricht mithin nichts dagegen, dass der Abnahmeanspruch als Gegenforderung auch einredeweise im Wege eines Zurückbehaltungsrechtes geltend gemacht werden kann. Der Abnahmeanspruch ist zwar mit dem Anspruch auf Werkleistung nicht synallagmatisch verknüpft.³¹ Allein der Vergütungsanspruch und der Anspruch des Auftraggebers auf Herstellung des versprochenen Werks sind gem. § 631 BGB synallagmatisch verknüpft. Insofern besteht kein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB – sehrwohl besteht jedoch das Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB. Der Auftragnehmer kann mithin den Abnahmeanspruch, sobald dieser fällig ist (siehe oben, Ziff. I), einredeweise einer Forderung des Auftraggebers aus dem Bauvertrag entgegenhalten.

Macht also der Auftraggeber eine (womöglich unstreitige) unwesentliche Restleistung geltend, so kann der Auftragnehmer dagegen vorbringen, dass dies nur Zug-um-Zug gegen Erfüllung des fälligen Abnahmeanspruchs erfolgt. Dadurch wird Druck auf den Auftraggeber ausgeübt.

VII. Das Teilabnahmeverlangen als Minus zur Gesamtabnahme

Zur Teilabnahme heißt es in § 12 Abs. 2 VOB/B:

„Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.“



Auch das BGB kennt seit der Baurechtsreform den Begriff der Teilabnahme. So heißt es zum Architektenvertrag in § 650s BGB:

„Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.“

In den meisten Fällen beschränkt sich der Streit, ob eine Teilabnahme verlangt werden kann, auf die Frage, ob ein *in sich abgeschlossener Teil* der Leistung vorliegt oder nicht. Dabei liegt die Hürde für eine Teilabnahme hoch. Selbstverständlich hat der Auftragnehmer ein hohes Interesse daran, die (Teil-)Abnahme frühzeitig zu erhalten, um auf diese Weise insbesondere die Gefahrtragung von sich abzuwenden (§§ 644 BGB/7 Abs. 1 VOB/B). Deshalb beantragt der Auftragnehmer dann bspw. die Teilabnahme, nachdem er zwei von insgesamt vier Etagen ausgebaut hat. Ist die VOB/B jedoch nicht vereinbart, muss sich der Auftragnehmer regelmäßig den pauschalen Hinweis gefallen lassen, dass eine Teilabnahme nicht gefordert werden kann, wenn dies nicht ausdrücklich im Vertrag vereinbart ist. Es ist richtig, dass eine Regelung hierzu im BGB (außer für den Spezialfall des § 650s BGB) fehlt und deshalb grundsätzlich auch nur die Abnahme der gesamten Leistung verlangt werden kann, es sei denn eine Teilabnahme wurde vereinbart (vgl. § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Überlegung dahinter ist klar: Ein Auftraggeber hat grundsätzlich kein Interesse daran, die Gefahr frühzeitig zu übernehmen. Denn er will die Leistung nach Fertigstellung in Benutzung nehmen. Dem Auftraggeber ist nicht damit geholfen, wenn zwar jede Teilleistung zu irgendeinem Zeitpunkt einmal mangelfrei war, wenn im Zeitpunkt der Fertigstellung ein bereits abgenommener Teil jedoch wieder mangelhaft geworden ist.

Vergegenwärtigt man sich jedoch, dass es sich bei der Abnahmeforderung um einen gewöhnlichen Anspruch handelt, dann wird deutlich, dass eine Teilabnahme gefordert werden kann, obwohl eine solche nicht vereinbart wurde und obwohl, im Falle der Geltung der VOB/B, kein in sich abgeschlossener Teil betroffen ist: Der Auftragnehmer hat immer das Recht, die Teilabnahme zu verlangen, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen abkommt, wenn eine Gesamtabnahme verlangt werden könnte. Dieses Verlangen stellt ein bloßes Minus zur Gesamtabnahme dar. Der Auftragnehmer kann sich darauf beschränken (zunächst) lediglich die Hälfte der fälligen Vergütung zu verlangen. Der Abnahmeanspruch gem. § 640 Abs. 1 BGB ist nicht anders zu bewerten als ein Zahlungsanspruch, bei dem ein Teilbetrag gefordert werden kann.

In der Praxis trifft man oftmals auf Klauseln, in denen pauschal vereinbart wird, dass der Auftragnehmer kein Recht auf Teilabnahmen hat. Vor vorstehendem Hintergrund geht diese Formulierung zu weit. Unabdingbar kann eine



Teilabnahme jedenfalls dann gefordert werden, wenn auch darüberhinausgehend eine Gesamtabnahme verlangt werden könnte.

Dem Auftraggeber steht es dann frei, die geforderte Teilabnahme zu erklären oder, wenn der Anspruch des Auftragnehmers auf die Gesamtabnahme bereits erfüllbar ist, die Gesamtabnahme zu erklären. Die Erfüllbarkeit setzt die Fertigstellung voraus.³²

Die Fälle, in denen der Auftragnehmer ein Interesse daran hat, die Teilabnahme zu verlangen, obwohl eine Gesamtabnahme verlangt werden könnte, sind zwar selten, kommen jedoch vor. So kann der Auftragnehmer, der bspw. die Etagen eins bis neun bereits vollständig mangelfrei erbracht hat, die Teilabnahme dieser Etagen verlangen, auch wenn in der Etage zehn noch eine Vielzahl unwesentlicher Restleistungen/Mängel bestehen, ohne dass sämtliche Mängel der Etage zehn im Abnahmeprotokoll protokolliert werden müssen. Dieses Vorgehen hat für den Auftragnehmer den Vorteil, dass der Auftraggeber betreffend die Etage zehn keine kurzen Mängelbeseitigungsfristen setzen und nach Ablauf in die Selbstvornahme gehen kann. Vor Abnahme sind die Mängelrechte, spätestens seitdem der Bundesgerichtshof § 4 Abs. 7 VOB/B für AGB-widrig erklärt hat,³³ bekanntlich äußerst begrenzt. Die Abnahme setzt voraus, dass der Auftragnehmer das Werk dem Auftraggeber überlässt.³⁴ Betreffend die Etage zehn entspricht dies noch nicht dem Willen des Auftragnehmers, der in der Etage zehn ungestört die ausstehenden (aber unwesentlichen) Mängel abarbeiten will.

VIII. Fazit

Der Abnahmeanspruch ist nicht anders als andere Ansprüche. Der Abnahmeanspruch verjährt, ist teilbar und kann als Gegenforderung im Wege eines Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden. Bei der Verjährungshemmung hat der Auftragnehmer zu berücksichtigen, dass er – jedenfalls konkludent – auch den Abnahmeanspruch in der Verjährung hemmt. Wird die Vergütungsforderung qua Mahnverfahren oder qua Prozessaufrechnung gehemmt, dann ist die Verjährungshemmung des Abnahmeanspruchs nicht gewährt.



*	Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB in Düsseldorf.
1	MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, § 640 Rdnr. 2; Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Abnahme der Bauleistung, Rdnr. 1; Oppler, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 22. Aufl. 2023, § 12 Rdnr. 18; Wagner/Werner, in: Werner/Pastor, 18. Aufl. 2023, Rdnr. 1750.
2	Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022, § 12 Rdnr. 60.
3	Kessen, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.01.2024, § 640 BGB Rdnr. 29.
4	Drucksache 18/1309, S. 17.
5	Kessen, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Fn. 3), § 640 BGB Rdnr. 29.
6	Kniffka, in: Ibr-online-Kommentar, § 634a BGB, Rdnr. 210.
7	Schulze-Hagen, BauR 2016, 384 (390).
8	BGHZ 132, 96, Leitsatz; BGH, BauR 2019 (1648), Leitsatz.
9	Weitgehend Einigkeit besteht dahingehend, dass in der Vergütungsklage ein konkludentes Abnahmeverlangen liegt: OLG Nürnberg, BauR 2022, 782, Rdnr. 9; Hartung, NJW 2007, 1099 (1101); Koeble, in: Münchener Prozessformularbuch Privates Bau- und Architektenrecht, 6. Aufl. 2022, 2. Abnahmeklage bei VOB/B, Rdnr. 1; Locher, in: Ingenstau/Korbion (Fn. 1), § 16 Rdnr. 16. Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob der Abnahmeanspruch selbst auch (verjährungshemmend) rechtshängig wird.
10	BGH, NJW 2008, 511 (515) [BGH 08.11.2007 - VII ZR 183/05].
11	BGH, BauR 1999, 1186 Rdnr. 22 – zitiert nach juris; Retzlaff, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 641 Rdnr. 2; Weyer, NZBau 2014, 421 (422); a.A. Voit, in: Hau/Poseck, 71. Edition, § 640 Rdnr. 28.
12	BGHZ 79, 180 Rdnr. 10 – zitiert nach juris.
13	Erhebt der Auftragnehmer das selbstständige Beweisverfahren jedoch nach Abnahme, dann tritt nach obergerichtlicher Rechtsprechung keine Verjährungshemmung betreffend die Vergütungsforderung ein: OLGR Saarbrücken 2005, 849 Rdnr. 47 ff. – zitiert nach juris; a.A. Klatf/Nossek, BauR 2008, 1980 ff.
14	BGHZ 175, 161 Rdnr. 30; BGH, BauR 2012, 803 Rdnr. 6.
15	BGH, NJW 2001, 305 [BGH 17.10.2000 - XI ZR 312/99].
16	BGHZ 39, 287 (fehlendes Feststellungsinteresse); 78, 1 (fehlende Prozessführungsbefugnis); BGH, NJW 1978, 1058 [BGH 22.02.1978 - VIII ZR 24/77] (unzuständiges Gericht); NJW 2011, 2193 (anderweitige Rechtshängigkeit).
17	OLG Bamberg, VuR 2014, 354 [OLG Bamberg 04.06.2014 - 3 U 244/13], Leitsatz.
18	BGH, NJW 2016, 233 [BGH 28.10.2015 - IV ZR 526/14] Rdnr. 34.
19	Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Updatestand: 18.06.2020, § 204 Rdnr. 64.
20	BGH, BauR 2015, 825, Rdnr. 18.
21	BGH, BauR 2015, 1007, Rdnr. 22; Ellenberger, in: Grüneberg (Fn. 9), § 205 Rdnr. 1.
22	S.o. Ziff. II.



23	BGHZ 213, 349, Leitsatz 1; 213, 338, Leitsatz 1, 213, 319 Leitsatz 1.
24	Vgl. Voit, in: Hau/Poseck (Fn. 7), § 640 Rdnr. 27.
25	OLG Nürnberg, BauR 2022, 782 Rdnr. 10.
26	MünchKomm.-Busche, BGB (Fn. 1), § 640 Rdnr. 32; Hummel/Preussner, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Stand 01.08.2024, § 640 Rdnr. 135.
27	BGHZ 163, 274, Rdnr. 19 – zitiert nach juris; BGH, BauR 2020, 1463 Rdnr. 19.
28	BGHZ 213, 349, Leitsatz 2; 213, 338, Leitsatz 2, 213, 319 Leitsatz 2.
29	BGH, BauR 2011, 1032 Rdnr. 16; 2010, 1778, Rdnr. 23; OLG Düsseldorf, NJW 2019, 2944 Rdnr. 31; Voit, BauR 2022, 339 (340).
30	Oberhauser, NZBau 2024, 379 (386); Voit, BauR 2022, 521 (524).
31	Voit, in: Hau/Poseck (Fn. 7), § 640 Rdnr. 30.
32	Hildebrandt, in: BauR 2005, 788; Wagner/Werner, in: Werner/Pastor, 18. Aufl. 2023, Rdnr. 1750.
33	BGHZ 236, 96.
34	BGH, BauR 1983, 573, Rdnr. 19 – zitiert nach juris.