



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/d32caf3b-fa91-3a33-acc7-ced979394338>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Julia Gerhardtter
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2026, 241 - 247 (Heft 2)
Verlag	Werner Verlag

Gerhardtter, BauR 2026, 241

Das Abrechnungsverhältnis – Fluch und / oder Segen?



von Rechtsanwältin Julia Gerhardtter, München

In der Literatur nicht unumstritten, hat sich die Figur des Abrechnungsverhältnisses in der Rechtsprechung längst als Abnahmesurrogat¹ etabliert und wird Gerüchten zu Folge nicht selten als Joker für jegliche Fälle der fehlenden Abnahme aus dem Ärmel gezogen. Zu Recht? Dieser Frage geht der nachfolgende Beitrag nach und untersucht dabei insbesondere, ob und inwieweit die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses im Lichte des seit dem 01.01.2018 geltenden „neuen“ Bauvertragsrechts tatsächlich geeignet und erforderlich sein kann, die rechtsgeschäftliche Abnahme zu ersetzen.

I. Historische Entwicklung

Obschon im Zusammenhang mit der Figur des Abrechnungsverhältnisses in jüngerer Zeit maßgeblich auf die Entscheidungen des BGH vom 19.01.2017 Bezug genommen wird,² taucht der Begriff „Abrechnungsverhältnis“ bereits in der Rechtsprechung des BGH der frühen 1960er Jahre – vorerst noch in konkursrechtlichem



Zusammenhang – auf.³ Seinerzeit entschied der BGH, dass ein Werkvertrag mit einem zwischenzeitlich insolventen Unternehmer durch die Ablehnung der Erfüllung durch den Konkursverwalter gem. § 17 KO zwar nicht ersatzlos erlösche, aber in ein Abrechnungsverhältnis gem. § 326 a.F. BGB umgestaltet werde. Hierdurch entfalle der Anspruch des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung, während der Besteller einen Schadensersatzanspruch gegen die Masse erwerbe.⁴

Ein solches Abrechnungsverhältnis werde – so der BGH in der Folge – auch durch die in § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. angeordnete Rechtsfolge herbeigeführt,⁵ der dem Besteller die Möglichkeit gewährte, nach Ablauf einer angemessenen Mangelbeseitigungsfrist und der Ankündigung, die Mangelbeseitigung nach dem Ablauf dieser Frist abzulehnen, Wandelung oder Minderung zu verlangen.⁶ Dabei bewirke die Umwandlung des Vertragsverhältnisses in ein Abrechnungsverhältnis, dass der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht mehr bestehe und die Vorleistungspflicht des Unternehmers und dessen Nachbesserungsrecht damit entfallen.⁷ Mittelbar habe das zur Folge, dass die Werklohnforderung des Unternehmers auch ohne Abnahme fällig werde.⁸

In der Zeit vor der Schuldrechtsreform beschrieb der Begriff des Abrechnungsverhältnisses im Ergebnis also die Rechtsfolge des damals geltenden § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB. Ausgangspunkt für die Rechtsprechung des BGH war damals lediglich die Frage, wie sich das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs auf die Fälligkeit der Werklohnforderung auswirkt.

II. Rechtsprechung nach dem 01.01.2002

Mit der Neufassung des § 634 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform entfiel die vorstehend skizzierte Möglichkeit des Bestellers, unter den dort genannten Voraussetzungen bereits vor der Abnahme Minderung oder Wandelung verlangen zu können. Ob der Besteller damit seine Gewährleistungsrechte grundsätzlich erst nach oder wie bisher auch schon vor der Abnahme geltend machen konnte, ließ der Gesetzgeber weitestgehend unkommentiert,⁹ was zunächst zu regen Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur führte.¹⁰ Mit gleich drei Entscheidungen¹¹ führte der BGH schließlich am 19.01.2017 aus, dass der Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann. Gleichzeitig stellte er jedoch klar:

„[44] a) Der Besteller kann allerdings in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2–4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen. Das ist zu bejahen, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Macht der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend oder erklärt er die Minderung des Werklohns, so findet nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH zum alten Schuldrecht eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (vgl. BGHZ 167, 345 = NJW 2006, 2475 = NZBau 2006, 569 Rn. 26; BGH, NJW 2003, 288 = NZBau 2003, 35 = BauR 2003, 88 [89]; NJW 2002, 3019 = BauR 2002, 1399 [1400], jew. mwN). An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes jedenfalls für den Fall fest, dass der *Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlangt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281 I, 280 I BGB, ist der Anspruch auf die Leistung nach § 281 IV BGB ausgeschlossen. Nichts anderes gilt, wenn der Besteller im Wege der Minderung nur noch eine Herabsetzung des Werklohns erreichen will. Auch in diesem Fall geht es ihm nicht mehr um den*



Anspruch auf die Leistung und damit um die Erfüllung des Vertrags (BGH, NJW 2017, 1607 [BGH 19.01.2017 - VII ZR 235/15] [...] und Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864 [zur Veröff. in BGHZ bestimmt]).

[45] b) aa) Verlangt dagegen der Besteller nach §§ 634 Nr. 2, 637 I, III BGB einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen, erlischt der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht. Denn das Recht zur Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuss lassen den Erfüllungsanspruch (§ 631 BGB) und den Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) unberührt. Der Besteller ist berechtigt, auch nach einem Kostenvorschussverlangen den (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend zu machen (vgl. OLG Stuttgart, NZBau 2012, 771 = BauR 2012, 1961 [1962 f.]; Palandt/Sprau, § 634 Rn. 4; Drossart, in: Messerschmidt/Voit, § 634 BGB Rn. 16, 45; Staudinger/Peters/Jacoby, § 634 Rn. 73).

[46] bb) *Ausnahmsweise kann die Forderung des Bestellers, ihm einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu zahlen, zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann.*

[47] *Das ist etwa der Fall, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren.*

[48] Weil die verbleibenden Rechte des Bestellers damit ausschließlich auf Geld gerichtet sind, entsteht ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis, in dessen Rahmen die Rechte aus § 634 Nr. 2–4 BGB ohne Abnahme geltend gemacht werden können (vgl. BGH, NJW 2017, 1607 [BGH 19.01.2017 - VII ZR 235/15] [...] und Urt. v. 19.1.2017 – VII ZR 193/15, BeckRS 2017, 102864 [zur Veröff. in BGHZ bestimmt]).¹²

(Hervorhebungen durch die Bearbeiterin)

Der BGH nimmt ein Abrechnungsverhältnis zusammengefasst also dann immer an, wenn

1.

der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und

2.



der Besteller nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung oder Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes verlangt oder weitere Arbeiten des Unternehmers ernsthaft und endgültig verweigert. An anderer Stelle nimmt er in diesen Katalog (trotz fehlender Entscheidungserheblichkeit) ergänzend den Umstand auf, dass die Erfüllung unmöglich geworden ist.¹³

Dieses Abrechnungsverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer trotz fehlender Abnahme einen fälligen Vergütungsanspruch hat und dem Besteller nur noch auf Geld gerichtete Ansprüche wegen der unvollständigen oder mangelhaften Fertigstellung des Werks zustehen.¹⁴

III. Das Abrechnungsverhältnis auf dem Prüfstand

Auf den ersten Blick scheint das Abrechnungsverhältnis also ein wahrer Segen zu sein, immerhin hält das BGB für den Werkunternehmer, der gem. § 640 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Abnahme (jedenfalls seiner *vertragsgemäß* erbrachten Leistung) hat, keine Lösung für den Fall bereit, dass diese dauerhaft nicht erreicht werden kann. Damit dürfte das Abrechnungsverhältnis jedenfalls Ausfluss des Gebotes von Treu und Glauben sein.¹⁵ Oder?

1. Die Begründung des Abrechnungsverhältnisses durch den BGH

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Begründung des BGH für die Entbehrlichkeit der Abnahme bei Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses genauer in den Blick zu nehmen (die er in dieser Klarheit bemerkenswerter Weise nicht gleich am 19.01.2017, sondern erst drei Jahre später liefert).

So erklärt der VII. Zivilsenat mit Urteil vom 28.05.2020¹⁶ das Nichtvorliegen eines Abrechnungsverhältnisses bei Verjährung des Erfüllungsanspruchs damit, dass

„im Gegensatz zu den anerkannten Fällen eines Abrechnungsverhältnisses [...] es dem Unternehmer hier rechtlich und tatsächlich möglich [ist], den Anspruch des Bestellers (im Wesentlichen mangelfrei) zu erfüllen und damit selbst die Voraussetzungen für eine Pflicht des Bestellers zur Abnahme und damit letztlich die Fälligkeit seines Werklohnanspruchs herbeizuführen. Die begründete Erhebung der Einrede der Verjährung lässt einen Anspruch nicht untergehen, sondern hindert nur dessen Durchsetzung, § 214 I BGB. Der Anspruch bleibt erfüllbar. Eine Leistung kann abgenommen werden. Sie erfolgt mit Rechtsgrund und kann nicht zurückgefordert werden, § 214 II 1 BGB.“

Mit anderen Worten: Durch den Umstand, dass der Besteller bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 bis 3 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt, erlischt der Anspruch auf Leistung gem. § 281 Abs. 4 BGB.¹⁷ Mangels Erfüllungsanspruch hat der Unternehmer rechtlich und tatsächlich keine Möglichkeit mehr, die ursprünglich einmal geschuldete Leistung noch zu erfüllen. Damit hat der Unternehmer aber auch keine



Möglichkeit mehr, die Pflicht des Bestellers zur Abnahme der Werkleistung herbeizuführen und damit die Fälligkeit seiner Werklohnforderung zu begründen. Darin sieht der BGH offenbar eine Patt-Situation, in der dem Besteller ausnahmsweise schon vor der Abnahme Gewährleistungsrechte zustehen sollen und spiegelbildlich auch die Fälligkeit des Werklohns eintreten soll.¹⁸

a)

Das scheint für den Fall des berechtigten Verlangens nach Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes zunächst nachvollziehbar.

Wie oben bereits erwähnt, bejaht der BGH ein Abrechnungsverhältnis aber auch in den Fällen, in denen der Unternehmer sein Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller entweder die Minderung erklärt oder die weitere (Nach-)Erfüllung ernsthaft und endgültig ablehnt.¹⁹ Eine solche endgültige Ablehnung der Erfüllung wird z.T. auch dann angenommen, wenn der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt, obwohl er dazu mangels Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen nicht berechtigt ist.²⁰

In dieser Konstellation ein Abrechnungsverhältnis anzunehmen, ist nach hier vertretener Auffassung jedoch contra legem. Denn dem Schadensersatzverlangen kommt seine gestaltende Bindungswirkung, die sich aus der vom Gesetzgeber gezogenen Parallele zum Rücktritt ergibt,²¹ doch nur dann zu, wenn das Schadensersatzverlangen auch berechtigt ist. Ein unberechtigtes Schadensersatzverlangen hingegen beseitigt den Erfüllungsanspruch tatsächlich nicht.²²

Erklärt der Besteller also unberechtigter Weise den Rücktritt, hat das nach geltendem Recht keine Auswirkung auf den Fortbestand des Erfüllungsanspruchs. Dem Unternehmer verbleibt vielmehr die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit, die Abnahmeverpflichtung des Bestellers gem. § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB herbeizuführen.

Dasselbe muss erst recht für den Fall gelten, in dem der Besteller noch nicht einmal Schadensersatz geltend macht, sondern lediglich erklärt, er lehne jegliche weiteren (Nach-)Erfüllungsversuche ab. Auch dieser Erklärung kann kein rechtsgestaltender Charakter zukommen. Der Besteller kann seine Entscheidung also jederzeit überdenken und weiterhin Erfüllung verlangen. Bietet der Unternehmer die mangels Erlöschens des Erfüllungsanspruchs geschuldete (Nach-)Erfüllungsleistung an und nimmt der Besteller diese nicht an, gerät er überdies gem. § 293 BGB in Annahmeverzug mit den Rechtsfolgen der §§ 300 ff. BGB.

b)

Aber auch die *Erklärung der Minderung* kann nach geltendem Recht nicht (oder jedenfalls nicht mit der oben zitierten Erklärung des BGH vom 19.01.20217) zu einem Abrechnungsverhältnis führen. Denn auch die Minderung ist ein Gestaltungsrecht,²³ dem seine Gestaltungswirkung nur bei entsprechender Berechtigung zukommt. An dieser Berechtigung fehlt es aber, wenn der Besteller die Minderung bereits vor der Abnahme geltend macht. Denn nach der oben zitierten Rechtsprechung steht dem Besteller diese Möglichkeit in Form eines Gewährleistungsrechts grundsätzlich erst nach der Abnahme zu. Das Entstehen der Gewährleistungsansprüche vor der Abnahme mit der Ausübung eines zu diesem Zeitpunkt noch nicht entstandenen Gewährleistungsanspruchs zu begründen, ist also ein Zirkelschluss.

Auch in dieser Konstellation ist die Möglichkeit des Unternehmers zur (Nach-)Erfüllung tatsächlich und rechtlich nicht ausgeschlossen, sodass nach der Begründung des BGH²⁴ vom 28.05.2020 auch keine Notwendigkeit für die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses besteht.



Eine Patt-Situation, die nach der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses erforderlich macht, kann also weder durch die Erklärung der Minderung durch den Besteller entstehen, noch durch dessen ernsthafte und endgültige Ablehnung der (Nach-)Erfüllung.

2. Vergleich mit der Kündigungsrechtsprechung des BGH

Neben den vorstehenden Erwägungen ist für Frage nach der Berechtigung der Annahme eines Abrechnungsverhältnisses der Vergleich zu der Rechtsprechung des BGH in denjenigen Fällen zu ziehen, in denen die weitere Erfüllung des Werkvertrages durch dessen Kündigung endgültig ausscheidet. Denn auch diese Situation kann dadurch entstehen, dass der Unternehmer nicht mehr (nach-)erfüllt, weil er seine bis dahin erbrachte Leistung für mangelfrei hält und der Besteller seine Ablehnung gegenüber der weiteren Tätigkeit des Unternehmers qua Kündigung zum Ausdruck bringt.

In dieser Situation bedarf es nach Ansicht des VII. Zivilsenats der Abnahme der Werkleistung, um die Vergütung fällig werden zu lassen.²⁵ Das begründet der BGH damit, dass die Abnahme gem. § 641 Abs. 1 BGB Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch des Unternehmers sei und es, soweit es um die Vergütungsforderung aus einem Bauvertrag gehe, keinen rechtfertigenden Grund gebe, von dieser Voraussetzung abzusehen, wenn der Unternehmer infolge der Kündigung des Vertrags lediglich eine Teilleistung erbracht habe.²⁶

„Die Kündigung, die den Vertrag für die Zukunft beendet,“ so der BGH, „beschränkt den Umfang der vom Unternehmer geschuldeten Werkleistung auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil und seinen Vergütungsanspruch ebenfalls auf diesen Teil der ursprünglich geschuldeten Leistung (BGH, NJW 1993, 1972 = BauR 1993, 469 = ZfBR 1993, 189, und BGHZ 153, 244 = NJW 2003, 1450 = NZBau 2003, 265). Der nunmehr im geschuldeten Leistungsumfang reduzierte Bauvertrag richtet sich bezüglich der Fälligkeit der Vergütungsforderung weiterhin nach den werkvertraglichen Regelungen, wie sie auch für den ursprünglichen Vertragsumfang galten. Es ist kein rechtlich tragfähiger Grund dafür ersichtlich, an die Fälligkeitsvoraussetzungen des für den erbrachten Leistungsteil geschuldeten Vergütungsanspruchs geringere Anforderungen zu stellen, als sie für den Fall des vollständig durchgeführten Vertrags bestehen. Vielmehr würde eine Reduzierung dieser Anforderungen, ein Verzicht auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung, dazu führen, dass der Unternehmer, ohne dass hierfür ein überzeugender Grund zu ersehen ist, selbst in denjenigen Fällen besser gestellt würde, in denen er Anlass zur Kündigung gegeben hat.“

Diese Gleichstellung der Fälligkeitsvoraussetzungen erfordert allerdings, dass eine Abnahme auch der nur teilweise erbrachten Leistung grundsätzlich möglich ist [...]

Der Senat verkennt nicht, dass sich diese Überprüfung im Einzelfall zuweilen als schwierig herausstellen kann, etwa dann, wenn die Abgrenzung zwischen noch nicht erbrachter oder mangelhaft erbrachter Teilleistung fraglich ist. Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten sind dem Werkvertragsrecht aber auch im Übrigen keineswegs fremd und können sachgerecht bewältigt werden. Sie können es nicht rechtfertigen, von einer rechtlich geregelten



Fälligkeitsvoraussetzung abzusehen.²⁷

Wenn der BGH aber selbst in dem Fall keine Abweichung von § 641 Abs. 1 BGB zulässt, in dem der Besteller seine endgültige und ernsthafte Ablehnung der (Nach-)Erfüllung durch eine Kündigung zum Ausdruck bringt, muss das erst recht für den Fall gelten, in dem der Besteller diese Ablehnung weniger deutlich zum Ausdruck bringt.

3. Dogmatische Bedenken

Doch auch die nach den vorstehenden Erwägungen noch verbleibende Annahme eines Abrechnungsverhältnisses in dem Fall des berechtigten Verlangens nach Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes weist Schwächen auf:

a)

In der Literatur wird insoweit (zu Recht) vor allem der Umstand kritisiert, dass Ansprüche wegen verschiedener Mängel auch verschiedene Streitgegenstände sind.²⁸ Der Anspruch auf Leistung erlischt gem. § 281 Abs. 4 BGB also nur bzgl. des konkreten Mangels (oder Mangelsymptoms) wegen dessen der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Zeigt sich zu einem späteren Zeitpunkt ein anderer Mangel, kann der Besteller insoweit noch immer Erfüllung verlangen. Tut er das, müsste die durch das Abrechnungsverhältnis begründete Fälligkeit des Werklohns nachträglich konsequenter Weise wieder entfallen,²⁹ was in der höchststrichterlichen Rechtsprechung nicht vertreten wird, weil es schlicht zu absurden Ergebnissen führen würde.

Mit der Annahme eines Abrechnungsverhältnisses wird der Besteller also um die ihm im allgemeinen Schuldrecht eingeräumte Möglichkeit gebracht, selbst und frei zu entscheiden, ob er seinen Anspruch auf Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung ganz oder eben nur teilweise in einen Schadensersatzanspruch umwandelt.³⁰

b)

Unabhängig davon widerspricht die Annahme der Fälligkeit des Werklohns vor Abnahme bei Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses schlicht der Regelung des § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das mag auf den ersten Blick banal erscheinen, bemerkenswert ist jedoch, dass der Gesetzgeber dieses Prinzip weder im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung noch mit der Einführung des neuen Bauvertragsrechts verändert hat. Dabei kann man ihm auch nicht vorwerfen, die Frage nach der Vergütung des Unternehmers bei fehlender Abnahme nicht gesehen zu haben. Ganz im Gegenteil regelt das Werkvertragsrecht Teilaspekte dieser Konstellation etwa in § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB oder in § 650 Abs. 1 Satz 3 BGB.

c)



Im Übrigen hat der Gesetzgeber auch gesehen, dass die in § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB normierte Vorleistungspflicht des Werkunternehmers im Ergebnis eine Form der Kreditgewährung darstellt, die dem Auftragnehmer das Insolvenzrisiko seines Auftraggebers auferlegt.³¹ Im Zuge der Reform des Bauvertragsrechts wurde dem Bauunternehmer daher in § 650e BGB und § 650f BGB jeweils die Möglichkeit eingeräumt, unter den dort genannten Voraussetzungen Sicherungsmittel von seinem Vertragspartner zu verlangen. Der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 650f BGB besteht dabei im Grundsatz sogar unabhängig davon, ob der Unternehmer die vorzuleistende Arbeit schon vollständig, nur zum Teil oder noch gar nicht erbracht hat.³²

Im Bereich des Bauvertrages hat der Gesetzgeber also durchaus Vorkehrungen für den Fall getroffen, dass sich die Vertragsparteien über die Mangelhaftigkeit der Bauleistung streiten und der Besteller (bezogen auf das jeweilige Mangelsymptom) Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht.

d)

Möchte der Besteller im weiteren Verlauf auch wegen neu aufgetretener Mängel Ansprüche geltend machen, kann er entweder die Abnahme unter Vorbehalt seiner Rechte wegen der (vermeintlich) vorhandenen Mängel erklären oder aber seine Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht geltend machen. Damit ist er rechtlich im Vergleich zu den Gewährleistungsrechten nach der Abnahme aber nicht schlechter gestellt. Denn wie der BGH mit Urteil vom 22.02.2018 klargestellt hat, kann der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes sogar die Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages umfassen.³³

e)

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber dem Bauunternehmer mit § 650g BGB die Möglichkeit eingeräumt, von seinem Vertragspartner im Falle der Verweigerung der Abnahme unter Angabe von Mängeln die Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung zu verlangen. Diese Zustandsfeststellung ist zwar der Abnahme nicht gleichzusetzen, dennoch stärkt sie die Rechtsposition des Unternehmers. Denn indem sie die Vermutung nach sich zieht, dass ein offenkundiger Mangel, der in der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist,³⁴ schränkt sie die Regelung zur Gefahrtragung gem. § 644 Abs. 1 BGB zu Gunsten des Unternehmers ein.

Unabhängig davon erleichtert sie dem Bauunternehmer die Durchsetzung geltend gemachter Abschlagszahlungen, bei denen die Leistungen gem. § 632a Abs. 1 Satz 5 BGB durch eine Aufstellung nachzuweisen sind, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss.

f)

Im Übrigen darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Abnahme der vertragsgemäßen Leistung (sofern sie nicht nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, was im Bereich des Bauvertragsrechts kaum denkbar ist) in § 640 Abs. 1 BGB bewusst als Pflicht ausgestaltet ist.³⁵ Verweigert der Besteller die Abnahme zu Unrecht, verletzt er damit seine vertragliche Hauptpflicht,³⁶ wodurch er sich u.U. gem. §§ 280 ff. BGB schadensersatzpflichtig macht. Dieser Schaden kann sowohl neben der Leistung geltend gemacht werden und bspw. entgangene Zinsen umfassen als auch statt der (ganzen) Leistung und in Höhe des Werklohns bestehen.



IV. Fazit

Die Konstellationen, in denen sich (Bau-)Unternehmer und Besteller über das Vorhandensein von Mängeln respektive die Abnahmereife der Werkleistung streiten, ist ein Klassiker in der baurechtlichen Beratungspraxis. Wenn der Besteller dann noch dazu übergeht, (vermeintliche) Mängel nach Fristsetzung selbst zu beheben und hierfür Schadensersatz statt der Leistung von seinem Vertragspartner verlangt, macht das die Situation nicht leichter. An dieser Stelle von einem Abrechnungsverhältnis auszugehen, mag auf den ersten Blick charmant sein, ist nach hier vertretener Auffassung aber mit den gesetzlichen Grundgedanken des Werk- und insbesondere des Bauvertragsrechts nicht bzw. nicht mehr zu vereinen.

Denn unabhängig davon, dass die von dem BGH erkannte Patt-Situation mangels gestaltender Wirkung weder durch die Erklärung der Minderung, noch durch das unberechtigte Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung oder der endgültigen und ernsthaften Ablehnung der weiteren (Nach-)Erfüllung entsteht, hat der Gesetzgeber die Abnahme als Dreh- und Angelpunkt des Werkvertragsrechts ausgestaltet. Er gesteht dem Unternehmer den Werklohn im Grundsatz eben erst dann zu, wenn er seine Leistung vollständig und ordnungsgemäß erbracht hat. Der Unternehmer soll gerade nicht den Werklohn verlangen und den Besteller anschließend auf die Beseitigung etwaiger Mängel warten lassen dürfen, wobei der Gesetzgeber ihm mit dem neuen Bauvertragsrecht Möglichkeiten an die Hand gegeben hat, seine finanziellen Risiken zu minimieren.

Umgekehrt soll der Besteller verschuldensunabhängige Gewährleistungsansprüche auch erst dann geltend machen können, wenn er die Leistung abgenommen hat und damit auch der Vergütungsanspruch fällig geworden ist. Dabei schützt ihn § 641 Abs. 3 BGB davor, den Unternehmer mit Blick auf möglicherweise entstehende Gegenforderungen überzahlen zu müssen.

Die Vertragsparteien an diesen Prinzipien festzuhalten, mag Streitigkeiten u.U. auf den ersten Blick komplizierter machen, im Ergebnis könnte das allerdings dazu beitragen, die Beteiligten schon während der Bauphase zur Kooperation anzuhalten.



*	Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht. Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag der Autorin auf der 66. Baurechtstagung der ARGE Baurecht am 15.11.2025.
1	Koeble, BauR 2012, 1153 (1154).
2	BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15; BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13 und BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15.
3	BGH, Urt. v. 30.05.1963 – VII ZR 276/61, NJW 1963, 1869 (1870).
4	Diese Rechtsprechung gab der BGH mit Urt. v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99, NZBau 2002, 439 zugunsten der Suspensivtheorie auf.
5	BGH, Urt. v. 16.09.1999 – VII ZR 456/98, NZBau 2000, 23 (24).
6	§ 634 Abs. 1 BGB lautete in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung wie folgt: „1Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. 2Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muß so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. 3Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.“
7	BGH, Urt. v. 23.11.1978 – VII ZR 29/78, NJW 1979, 549 (550).
8	BGH, Urt. v. 16.09.1999 – VII ZR 456/98, NZBau 2000, 23 (24).
9	In den Erläuterungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucks. 14/6040, finden sich hierzu keine Erläuterungen, zu § 634 findet sich lediglich die Anmerkung „§ 634 RE übernimmt für das Werkvertragsrecht eine dem § 437 RE entsprechende Regelung.“ (S. 261). § 437 knüpft wiederum an den Mangelbegriff des § 343 BGB an, der sich ausdrücklich zum Zeitpunkt „bei Gefahrübergang“ bestimmt. Ob der Zeitpunkt, in dem die Mangelfreiheit gegeben sein muss, festgelegt werden soll, war im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zunächst streitig, letztlich wurde der Gefahrübergang aber aus Klarstellungsgründen doch ausdrücklich als Anknüpfungszeitpunkt für die Mangelfreiheit der Sache in § 434 BGB aufgenommen.
10	Siehe zum damaligen Meinungsstand BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15, Rdnr. 29 ff., ZfBR 2017, 340 [BGH 19.01.2017 - VII ZR 235/15].
11	BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15; BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13 und BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15.
12	BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604 (1607).
13	BGH, Urt. v. 28.05.2020 – VII ZR 108/19, Rdnr. 19.
14	BGH, Urt. v. 23.05.2005 – VII ZR 197/03, Ziff. II 2. a) aa)S. 6.
15	Oberhauser, NZBau 2024, 379 (385).
16	BGH, Urt. v. 28.05.2020 – VII ZR 108/19, NZBau 2020, 502, Rdnr. 21.
17	MünchKomm.-Ernst, BGB, 10. Aufl. 2025, § 281, Rdnr. 121.
18	BGH, Urt. v. 23.05.2005 – VII ZR 197/03, Ziff. II 2. a) aa) S. 6.
19	BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13, NJW 2017, 1604 (1607).
20	So etwa Oberhauser, NZBau 2024, 379 (382).
21	BT-Drucks. 14/6040, S. 140.
22	BGH, Urt. v. 14.10.2020 – VII ZR 318/19, Rdnr. 15 ff.
23	BT-Drucks. 14/6040, S. 266.



24	BGH, Urt. v. 28.05.2020 – VII ZR 108/19, NZBau 2020, 502, Rdnr. 21.
25	BGH, Urt. v. 11.05.2006 – VII ZR 146/04, NJW 2006, 2475 (2476).
26	Ebd.
27	Ebd.
28	So etwa Rodemann, in: Langen/Leupertz/Preuß/von Rintelen, Bauprojekte als interdisziplinäre Herausforderung, 1. Aufl. 2019, S. 353.
29	Ebd.
30	Schmitz, in: Kniffka/Kandel, Standpunkt Baurecht, 1. Aufl. 2021, S. 665.
31	Krug, in: Glöckner/Manteufel/Rehbein, Handbuch Baurecht, 7. Aufl. 2025, § 1, Rdnr. 22.
32	MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, § 650f, Rdnr. 24.
33	BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17.
34	Von Kiedrowski, in: Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2023, § 650g, Rdnr. 17.
35	Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1988, Bd. 2, § 572, S. 490.
36	Jurgeleit, in: Kniffa/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Lit. A, Rdnr. 3.