

oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, dürfte das nicht gelten. Aufgrund dieser typischen Interessenlage im Baugewerbe dürfte es ebenfalls nicht in Betracht kommen, § 308 Nr. 5 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr zum Tragen kommen zulassen (§ 310 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB).¹⁹⁶

¹⁹⁶ Ebenso Bolz/Jurgeleit/Friedhoff, VOB/B, § 12 Rn. 207.

E. Teilabnahme

- 82 Eine **Teilabnahme kann der Auftragnehmer verlangen, wenn das vertraglich vereinbart** ist.¹⁹⁷ In diesem Fall wird auch die dem abgenommenen Teil **entsprechende Vergütung fällig**, wie auch sonst alle Rechtswirkungen eintreten.¹⁹⁸ Der Wille, eine Teilabnahme zu vereinbaren, muss ausreichend deutlich zum Ausdruck gebracht sein.¹⁹⁹ Eine Teilabnahme kann auch bei der Abnahmeverhandlung vereinbart werden.²⁰⁰ Deshalb müssen Abnahmeprotokolle in diesem Sinne verständlich ausgelegt werden. **Ob eine Teilabnahme vorliegt, hängt von dem bei der Abnahme zum Ausdruck gebrachten Willen des Auftraggebers ab.**²⁰¹ Beim VOB-Vertrag hat der Auftragnehmer Anspruch auf eine rechtsgeschäftliche Teilabnahme in sich abgeschlossener Leistungen, § 12 Abs. 2 VOB/B. Wann **in sich abgeschlossene Leistungen** in diesem Sinn vorliegen, ist eine Frage des Einzelfalles, zu der es kasuistische Rechtsprechung gibt.

Beispiel:

Ein Estrichleger verlegt in mehreren Stockwerken den Estrich. Jedes Stockwerk ist keine besonders abnehmbare Teilleistung.²⁰² Ein Generalunternehmer kann hingegen Teilabnahme für die einzelnen Gewerke fordern, zB einer Heizungsanlage.²⁰³

- 83 Es ist noch nicht gelungen, allgemein gültige **Abgrenzungskriterien** zu entwickeln. Der Bundesgerichtshof orientiert sich an dem Zweck der Vorschrift und an dem Interesse des Auftraggebers, **zusammengehörende Leistungsteile nicht dadurch zu zergliedern, dass für sie unterschiedliche Abnahmewirkungen eintreten**, wie zB unterschiedliche Gewährleistungsfristen und Gefahrübergänge. Daraus schließt er, dass Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als in sich abgeschlossen angesehen werden können. Es mangelt ihnen regelmäßig an der Selbständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglichen könnte. Dies kann allerdings bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende räumliche Trennung etwa dann angenommen werden kann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren Häusern, zu erbringen sind.²⁰⁴

Hinweis:

- 84 Die Parteien sind wegen der unsicheren rechtlichen Abgrenzung in sich abgeschlossener Leistungen gut beraten, wenn sie in dem Vertrag das Recht zur Teilabnahme genau in dem Sinne regeln, dass die besonders abnehmbaren Teilleistungen oder die Voraussetzungen einer Teilabnahme beschrieben werden.

¹⁹⁷ Zur Teilabnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum im Bauträgervertrag vgl. Sterner BauR 2012, 1160 ff. mwN.

¹⁹⁸ Vgl. BGH Urt. v. 6.5.1968 – VII ZR 33/66, BGHZ 50, 160, 162.

¹⁹⁹ BGH Urt. v. 10.10.2013 – VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 = NZBau 2014, 47; Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 186/09, BGHZ 188, 128 = BauR 2011, 669 = NZBau 2011, 303 Rn. 55; Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 300/04, BauR 2006, 1332 = NZBau 2006, 519 = ZfBR 2006, 560; (jeweils zur Frage, ob die Verjährungsregelung in den AVA eine Pflicht zur Teilabnahme lediglich voraussetzt aber nicht vereinbart ist; Urt. v. 20.10.2005 – VII ZR 155/04, BauR 2006, 396 = NZBau 2006, 122 = ZfBR 2006, 148).

²⁰⁰ BGH Urt. v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158 = BauR 2009, 1724 = NZBau 2009, 707 Rn. 56.

²⁰¹ Die Abnahmeprotokolle werden bisweilen recht schlampig ausgefüllt. Zu einem Fall, in dem eine Teilabnahme angekreuzt, jedoch eine Gesamtabnahme gewollt war OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 81 (82 f.).

²⁰² Vgl. BGH Urt. v. 6.5.1968 – VII ZR 33/66, BGHZ 50, 160 (162).

²⁰³ BGH Urt. v. 21.12.1978 – VII ZR 269/77, BGHZ 73, 140 = BauR 1979, 159 = NJW 1979, 650; OLG Hamm BauR 1997, 472.

²⁰⁴ BGH Urt. v. 20.8.2009 – VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736 = NZBau 2010, 47 Rn. 22.

F. Vorbehalte bei der Abnahme

Ein **Vorbehalt bei der Abnahme wegen Mängeln ändert nichts daran, dass die Abnahme erklärt ist und die Erfüllungswirkungen grundsätzlich eintreten.**²⁰⁵ Denn mit der Abnahme tritt die Nacherfüllungsphase des Vertrages ein. Auch die vorbehaltenen Ansprüche beurteilen sich nach §§ 634 ff. BGB; die Verjährung der Ansprüche nach § 634a BGB.²⁰⁶ Der Vorbehalt wegen eines Mangels sorgt allerdings dafür, dass der Auftragnehmer die **Beweislast** dafür behält, dass der gerügte Mangel nicht vorliegt,²⁰⁷ vgl. → Rn. 29.

Nimmt der Auftraggeber ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 BGB bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich diese bei der Abnahme vorbehält, § 640 Abs. 2 BGB. Verloren gehen können danach bei Abnahme **nicht vorbehaltene Ansprüche** wegen Mängeln auf Nacherfüllung, Kosten-erstattung und Vorschuss, bzw. Rechte auf Minderung oder Rücktritt. Ein Vorbehalt kann konkludent zum Ausdruck gebracht werden; die Mängelrüge reicht.²⁰⁸ Nicht verloren geht der Anspruch auf Schadensersatz und auf Ersatz der vergeblichen Aufwendungen, § 284 BGB, vgl. dazu → 5. Teil Rn. 343. Verloren geht auch der **Anspruch auf Vertragsstrafe**, wenn er bei der Abnahme nicht vorbehalten wird, § 341 Abs. 3 BGB, § 11 Abs. 4 VOB/B, vgl. → 6. Teil Rn. 130 f. Der Vorbehalt ist notwendig bei allen Erklärungen des Auftraggebers, die die Abnahme darstellen, also auch bei einer konkludenten Abnahme.²⁰⁹ Bei der Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB aF, § 640 Abs. 2 BGB tritt der Verlust der Mängelansprüche nicht ein, wie das Gesetz ausdrücklich regelt. Dagegen tritt er kraft der vertraglichen Regelung bei der fiktiven Abnahme nach VOB/B ein, § 12 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 5 Nr. 3 VOB/B. Allerdings hält die Regelung der Inhaltskontrolle schon wegen der Abweichung von § 640 Abs. 3, der den Verlust der Ansprüche nur für die rechtsgeschäftlich erklärte Abnahme vorsieht, nicht stand.

²⁰⁵ AA Staudinger/Peters § 640 Rn. 48.

²⁰⁶ Putzier, FS Ganten, S. 204 (206), der allerdings unnötig eine eigene Kategorie der Mängelrechte aus Mängeln, die bei der Abnahme vorbehalten worden sind, für erforderlich ansieht.

²⁰⁷ BGH Urt. v. 24.10.1996 – VII ZR 98/94, BauR 1997, 129 = NJW-RR 1997, 339 = ZfBR 1997, 75.

²⁰⁸ BGH Urt. v. 25.2.2010 – VII ZR 64/09, BauR 2010, 275 = NZBau 2010, 318 = ZfBR 2010, 498.

²⁰⁹ Vgl. BGH Beschl. v. 27.1.2011 – VII ZR 175/09, BauR 2011, 876 Rn. 15.

G. Technische Abnahme

- 86 Die in § 4 Abs. 10 VOB/B geregelte Zustandsfeststellung ist keine rechtsgeschäftliche Abnahme. Sie dient lediglich der **technischen Kontrolle** und erfolgt in den Fällen, in denen technische Feststellungen nach Weiterführung der Arbeiten nicht mehr möglich sind. Diese Zustandsfeststellung wird, wie auch andere Leistungsfeststellungen, die keine rechtsgeschäftliche Abnahme darstellen, auch als technische Abnahme bezeichnet. Dazu gehören zB auch Funktionsprüfungen (Probebetrieb) vor Übernahme des Bauwerks.²¹⁰

²¹⁰ Zur Bedeutung der technischen Abnahme für die Abwicklung von Bauverträgen vgl. Thierau BauR 2013, 372.

H. Abnahme von Mängelbeseitigungsarbeiten

Werden Mängel nach der Abnahme beseitigt, ist die Feststellung sinnvoll, ob die Mängelbeseitigungsarbeiten zu einer vertragsgemäßen Leistung geführt haben, die Nacherfüllung also erfolgreich war. **Das Gesetz sieht die Abnahme von Mängelbeseitigungsarbeiten** nicht vor und knüpft dementsprechend auch keine Rechtswirkungen an eine solche Abnahme. Auch in den Regelungen der VOB/B findet sich keine Verpflichtung des Auftraggebers zur Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten. Das ist verständlich, weil die positiven Wirkungen der Abnahme für den Auftragnehmer bereits eingetreten sind und insoweit eine Pflicht zur Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten nicht begründet werden kann. **Die VOB/B setzt aber das Recht des Auftraggebers voraus, die Mängelbeseitigungsarbeiten abzunehmen.** Sie knüpft an die Abnahme eine **eigenständige Verjährungsregelung**, § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 3 VOB/B. Danach beginnt nach der Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Abs. 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet. Diese Bestimmung hat selbständige Tragweite. Sie greift immer dann ein, wenn der Auftragnehmer tatsächlich Mängelbeseitigungsleistungen erbringt und diese abgenommen werden. Die Mängelbeseitigungsleistung wird im VOB-Vertrag auf diese Weise als Erfüllungshandlung im Rahmen der den Auftragnehmer bei der Herstellung des Werkes treffenden Pflichten verselbständigt und nach ihrer Abnahme einer eigenen Gewährleistungsregelung mit neuer Verjährungsfrist unterworfen.²¹¹ Das führt dann auch dazu, dass diese Verjährungsfrist neu beginnt, selbst wenn der Nacherfüllungsanspruch bereits verjährt war.²¹² Die Regelung sichert das Interesse des Auftraggebers an einer ihrerseits mangelfreien Nachbesserung in besonders sachgerechter Weise. Sie schützt ihn nicht nur vor unzureichenden Nachbesserungsversuchen, die lediglich die Mangelerscheinungen und nicht den Mangel selbst beseitigen, sondern auch vor neuen, durch die Nachbesserung herbeigeführten Mängeln.²¹³ **Die neue Frist wird aber dem Wortlaut ihrer Regelung folgend nur dann in Lauf gesetzt, wenn die Mängelbeseitigungsarbeiten abgenommen werden.**²¹⁴

Hinweis:

Eine entsprechende vertragliche Vereinbarung im BGB-Vertrag ist empfehlenswert und dürfte AGB-rechtlich unbedenklich sein, nachdem der Bundesgerichtshof sie als sachgerechten Schutz des Auftraggebers beurteilt hat.

²¹¹ BGH Urt. v. 15.6.1989 – VII ZR 14/88, BauR 1989, 606 (608).

²¹² BGH Urt. v. 15.6.1989 – VII ZR 14/88, BauR 1989, 606 (608).

²¹³ Vgl. auch BGH Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 32/07, BGHZ 178, 123 = BauR 2008, 2039 = NZBau 2008, 764.

²¹⁴ BGH Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 32/07, BGHZ 178, 123 = BauR 2008, 2039 = NZBau 2008, 764; dort auch zum Verhältnis der mit der Mängelbeseitigung eingetretenen Hemmung der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs.

I. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme – § 650g Abs. 1 bis 3 BGB

I. Überblick

- 89 Durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts ist in § 650g Abs. 1 bis 3 BGB die Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme wegen konkret bezeichneter Mängel in das Bauvertragsrecht eingefügt worden. Diese Regelungen finden Anwendung bei Bauverträgen im Sinne von § 650a BGB, bei Verbraucherbauverträgen (s. § 650i Abs. 3 BGB), beim Architektenvertrag (§ 650a Abs. 1 BGB) und beim Bauträgervertrag (§ 650u BGB).
- 90 Die Zustandsfeststellung setzt nach § 650g Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert. In diesem Fall scheidet eine fiktive Abnahme im Sinne von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB aus. Der Besteller trägt deshalb bis zur tatsächlichen Abnahme grundsätzlich die Vergütungs- (§§ 644, 645 BGB, → Rn. 23) und die Leistungsgefahr (§§ 631, 275 BGB, → Rn. 22). Sinn und Zweck von § 650g Abs. 1 bis 3 BGB ist es, dieses Regelungssystem zu modifizieren, indem zugunsten des Unternehmers eine die allgemeinen Grundsätze ergänzende Regelung zur Gefahrtragung in § 650g Abs. 3 BGB getroffen wird.²¹⁵
- 91 Diese Rechtsfolge tritt ein, wenn die Vertragsparteien entweder unter den Voraussetzungen von § 650 Abs. 1 BGB eine gemeinsame Zustandsfeststellung durchgeführt haben oder der Unternehmer unter den Voraussetzungen von § 650g Abs. 2 BGB eine Zustandsfeststellung einseitig vorgenommen hat.

II. Die gemeinsame Zustandsfeststellung

- 92 Nach § 650g Abs. 1 S. 1 BGB hat der Besteller, der die **Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert**, 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 (§ 650g Abs. 1 S. 2 BGB). Damit will der Gesetzgeber dem praktischen Bedürfnis nachkommen, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern. Insbesondere wenn der Besteller das Werk ohne vorhergehende Abnahme häufig Unsicherheiten darüber, ob dann festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbereich des Unternehmers oder dem des Bestellers stammen.²¹⁶

1. Voraussetzungen von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB

- 93 Entsprechend der Gesetzessystematik und dem Sinn und Zweck von § 650g Abs. 1 bis 3 BGB finden die Rechtsfolgen des § 650g Abs. 3 BGB **grundsätzlich** nur Anwendung, wenn die **Voraussetzungen von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB** gegeben sind (→ Rn. 68 ff.). Das Werk, bzw. im Fall einer vereinbarten Teilabnahme (s. § 641 Abs. 1 S. 2 BGB) das bis zur Teilabnahme herzustellende Werk,²¹⁷ muss insbesondere „**fertiggestellt**“ sein.²¹⁸ Damit ist es dem Unternehmer verwehrt, zu seinen Gunsten die Regelungen zur Gefahrtragung zu ändern, indem er vor Fertigstellung die Abnahme und nach Abnahmeverweige-

²¹⁵ BT-Drs. 18/8486, S. 59 (60).

²¹⁶ BT-Drs. 18/8486, S. 59.

²¹⁷ Kniffka/Jurgeleit/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 7; Messerschmidt/Voit/Messerschmidt BGB § 650g Rn. 18; Leupertz/Preussner/Sienz/Hummel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 13.

²¹⁸ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt BGB § 650g Rn. 17; Leupertz/Preussner/Sienz/Hummel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 12; Grüneberg/Retzlaff BGB § 650g Rn. 3.

rung eine Zustandsfeststellung verlangt. Der Anwendung von § 650g Abs. 1 bis 3 BGB steht aber nicht entgegen, dass das fertiggestellte Werk in offensichtlich erheblicher Weise mangelbehaftet ist (→ Rn. 68).

Eine Fertigstellung ist jedoch in den Fällen nicht erforderlich, in denen aufgrund **ein- 94**
vernehmlicher Vertragsauflösung oder Kündigung das im Bauvertrag vereinbarte Werk noch nicht fertiggestellt sein kann und der Unternehmer die Abnahme seiner bis zur Vertragsbeendigung erbrachten Leistungen verlangt.²¹⁹

2. Angabe eines Mangels

Nach seinem Wortlaut verlangt § 650g Abs. 1 BGB, dass die Abnahme unter Angabe **95**
mehrerer Mängel verweigert wird. Dieser Wortlaut stimmt aber nicht mit § 640 Abs. 2 S. 1 BGB überein, wonach **mindestens ein Mangel** anzugeben ist. Da nach dem Gesetzeszweck § 650g Abs. 1 bis 3 BGB § 640 Abs. 2 S. 1 BGB ergänzen soll, findet § 650g Abs. 1 bis 3 BGB auch Anwendung, wenn nur ein Mangel angegeben wird. Der davon abweichende Wortlaut beruht auf einen Redaktionsversehen im Zusammenhang mit Änderungen von § 640 BGB im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens.²²⁰

Soweit vertreten wird, § 650g Abs. 1 bis 3 BGB sollte in allen Fällen zur Anwendung **96**
kommen, in denen die Abnahme verweigert wird und der Besteller das Werk in Gebrauch nimmt,²²¹ ist das so nicht nachvollziehbar. Denn wird die Abnahme ohne Angabe von Mängeln verweigert, greift unter den weiteren Voraussetzungen von § 640 Abs. 2 S. 1 BGB die Abnahmefiktion, selbst wenn wesentliche Mängel vorliegen (→ Rn. 72). Einer Regelung der Gefahrtragung zugunsten des Unternehmers bedarf es in solchen Fällen deshalb nicht.

3. Verlangen des Unternehmers

Verweigert der Besteller unter Angabe eines Mangels die Abnahme, **kann der Unterneh- 97**
mer verlangen, dass der Besteller an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitwirkt. Dieses Verlangen kann auch berechtigt sein, wenn sich die Vertragsparteien über die **fehlende Abnahmereife einig** sind.²²² Denn in diesem Fall kann es zur Erleichterung der Sachaufklärung ebenfalls notwendig sein, den Zustand des Werks gemeinsam festzustellen.

Das Verlangen des Unternehmers begründet entgegen des Wortlautes von § 650g Abs. 1 **98**
S. 1 BGB („... hat ... mitzuwirken“) keine Pflicht des Bestellers, sondern eine bloße **Obliegenheit**.²²³ Aus dem Gesamtsystem von § 650g Abs. 1 bis 3 BGB folgt weder ein einklagbares Recht auf Mitwirkung noch einen Schadensersatzanspruch. Wirkt der Besteller nicht mit, muss er eine einseitige Zustandsfeststellung (§ 650g Abs. 2 BGB) mit den Rechtsfolgen des § 650g Abs. 3 BGB hinnehmen. Die Mitwirkung an der Zustandsfeststellung liegt deshalb im eigenen Interesse des Bestellers.

4. Mitwirkung des Bestellers

a) Die **Mitwirkung** des Bestellers besteht darin, mit dem Unternehmer einen **Termin** zu **99**
vereinbaren (vgl. § 650g Abs. 2 S. 1 BGB) und im Rahmen einer Begehung den Zustand des Werks zu besichtigen. **Das ersetzt nicht die Abnahme und hat keine sonstigen Ausschlusswirkungen.**

²¹⁹ Messerschmidt/Voit/Messerschmidt BGB § 650g Rn. 19.

²²⁰ MüKoBGB/Busch § 650g Rn. 5; Leupertz/Preussner/Sienz/Hummel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 11.

²²¹ Knifka/Jurgeleit/Pause/Vogel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 6.

²²² BT-Drs. 18/8486, S. 59.

²²³ BT-Drs. 18/8486, S. 59.

- 100 Das Ergebnis der Begehung ist in einer Zustandsfeststellung zu **dokumentieren** (§ 650g Abs. 1 S. 2 BGB). Für die Dokumentation ist erforderlich, die Zustandsfeststellung als **verschriftlichen Text, Skizzen, Fotos, Materialproben oder Testergebnisse festzuhalten**²²⁴, **der von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben ist**. Zudem soll die Zustandsfeststellung mit dem Tag ihrer Anfertigung versehen sein. Letztere Voraussetzung „soll“ nach § 650g Abs. 1 S. 2 BGB erfüllt sein, stellt also kein Wirksamkeitserfordernis dar.²²⁵
- 101 **b)** Fraglich ist, ob das **Unterschriftserfordernis** für eine gemeinsame Zustandsfeststellung **konstitutiv** ist.²²⁶ Das ist aufgrund folgender Erwägungen zu bejahen: Die Zustandsfeststellung ist eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärung, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes, § 650g Abs. 3 BGB, eintreten. Sie ist deshalb als geschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren, auf die grundsätzlich die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechende Anwendung finden, wobei jeweils der Eigenart der geschäftsähnlichen Handlung und der typischen Interessenlage Rechnung zu tragen ist.²²⁷ Ohne Unterschrift beider Vertragsparteien könnte die gemeinsame Zustandsfeststellung also analog § 125 S. 1 BGB nichtig sein, wenn dies der gesetzgeberischen Intention entspricht. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Unterschriften beider Vertragsparteien in § 650g Abs. 1 S. 2 BGB – im Gegensatz zur Datumsangabe – als zwingendes Recht („ist“) ausgestaltet wurde. Das entspricht des Weiteren der normativen Interessenlage. Denn die Dokumentation der Zustandsfeststellung soll einem späteren Streit der Parteien vorbeugen. Im Hinblick auf diese Dokumentationsfunktion hat der Gesetzgeber die Unterschriften beider Vertragsparteien (als zwingendes Formerfordernis) vorgesehen.²²⁸ Diese gesetzgeberische Intention entspricht zudem einem Bedürfnis der Rechtspraxis. Unterschreibt eine Vertragspartei die Zustandsfeststellung nicht, stellt sich die im Einzelfall regelmäßig streitige Frage nach dem Warum. War es Nachlässigkeit, Unwissenheit oder ein mangelndes Einverständnis mit den Feststellungen? Sollen die schwerwiegenden Rechtsfolgen nach § 650g Abs. 3 BGB von solchen, häufig auch nach einer Beweisaufnahme kaum sicher aufklärbaren Umständen abhängen? Das ist zu verneinen. Es entspricht vielmehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit die vom Gesetzgeber vorgesehene Form zu verlangen und allein daran Rechtsfolgen zu knüpfen.
- 102 **c) Unterschreibt der Besteller die Zustandsfeststellung nicht, verstößt dies nicht gegen seine Mitwirkungsobliegenheit**, da er an einem vereinbarten Termin teilgenommen hat (§ 650g Abs. 2 S. 1 BGB).²²⁹ Seine fehlende Bereitschaft, die ihm vorgelegte Fassung zu unterschreiben, belegt vielmehr, dass er mit den dort genannten Feststellungen nicht konformgeht. In diesem Fall ist die gemeinsame Zustandsfeststellung gescheitert und scheidet eine einseitige Zustandsfeststellung aus, so dass die Rechtsfolgen von § 650g Abs. 3 BGB nicht zum Tragen kommen. Für diesen Fall verweist der Gesetzgeber die Vertragsparteien auf das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO).²³⁰
- 103 Das gilt ebenso, wenn die Vertragsparteien eine Zustandsfeststellung unterschreiben, aus der sich aber ergibt, dass **keine Einigung über den Zustand** erzielt werden konnte.

5. Kosten

- 104 Die **Kosten für die gemeinsame Zustandsfeststellung** hat jede Partei selbst zu tragen, da die Zustandsfeststellung im Interesse beider Vertragsparteien liegt. Eine Kostentragungs-

²²⁴ Kniffka/JurjeleitPause/Vogel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 10; Leupertz/Preussner/Sienz/Hummel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 24; Retzlaff, BauR 2017, 1781, 1825.

²²⁵ BT-Drs. 18/8486, S. 60.

²²⁶ S. dazu Kniffka/JurjeleitPause/Vogel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 9; Leupertz/Preussner/Sienz/Hummel, Bauvertragsrecht, § 650g Rn. 22.

²²⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 289 (290); Palandt/Ellenberger Überblick vor § 104 Rn. 6, 7.

²²⁸ S. BT-Drs. 18/8486, S. 59.

²²⁹ AA BeckOK/Voit, BGB § 650g Rn. 13, der bei einem Verschulden des Bestellers einen Schadensersatzanspruch zugunsten des Unternehmers annimmt, was mit der bloßen Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers nicht zu vereinbaren ist.

²³⁰ BT-Drs. 18/8486, S. 60.