

Die Abnahme im Baurecht

Inhalt

- I. **Was** ist die Abnahme?
- II. **Folgen** der Abnahme
 1. Gefahrübergang
 2. Fälligkeit der Vergütung
- III. **Wer** erklärt die Abnahme?
- IV. **Wann** ist die Abnahme zu erklären?
- V. **Wie** ist die Abnahme zu erklären?
 1. ausdrücklich
 2. stillschweigend
 3. fiktiv
- VI. **Zustandsfeststellung** nach neuem Recht
- VII. Exkurs: Fälligkeit der Vergütung ohne Abnahme

I. Abnahme – WAS?

- Die Abnahme besteht aus **2 Teilen**:
 - körperliche **Entgegennahme** des (Bau-)Werks durch den Auftraggeber (AG)
 - einseitige - rechtsgeschäftsähnliche - **Erklärung des AG**, dass das **Werk** im Wesentlichen **vertragsgemäß** ist
- Der **AG** ist bei einem abnahmereifen Werk **zur Abnahme verpflichtet**
- **Kein Anspruch** des Auftragnehmers (AN) auf eine **Teilabnahme**
 - Teilabnahme muss vertraglich vorgesehen sein
 - auch bei VOB/B: § 4 Abs. 10 VOB/B enthält nur eine (technische) Zustandsfeststellung für im weiteren Bauverlauf verdeckte Teilleistungen
- Auch bei **Kündigung** des Vertrages **muss eine Abnahme** erfolgen

II. Abnahme - Folgen

- **Gefahr** für die vom AN erbrachte Leistung geht **auf AG über**
 - selbst zufällige Verschlechterung oder Untergang der Leistung wird Risiko AG
 - AN muss eine Leistung nicht mehr schützen gegen Beschädigung usw.
- **Beweislast** für nach Abnahme gerügte **Mängel** liegt **beim AG**
- **Fälligkeit** des **Werklohnes**
 - Verträge bis 31.12.2017 nach BGB – keine weitere Fälligkeitsvoraussetzung
 - **Verträge ab 01.01.2018** nach BGB **und** bei **VOB/B** – zusätzlich Erteilung der **prüfbaren Schlussrechnung** durch AN an AG (§ 650g Abs. 4 Nr. 2 BGB bzw. § 16 Abs. 3 VOB/B)

III. Abnahme – WER?

- Immer der **eigene Vertragspartner**:
 - Die Abnahme muss der AG erklären, mit dem der AN den Vertrag geschlossen hat
- **Nicht ausreichend**:
 - Hauptauftraggeber bei Leistungsketten (Bauherr – GU – NU)
 - Bauleiter
 - Architekt
- Bei **Abnahmeerklärung** durch einen **Dritten** muss dieser **Vertretungsmacht** für den AG haben und auf Verlangen nachweisen können – i.d.R. Vollmacht
 - **ausdrückliche Vollmacht** z.B. im Architektenvertrag
 - **Anscheins- und Duldungsvollmacht**: AG entsendet Architekt/Bauleiter bewusst zum verabredeten Abnahmetermin
 - **kaufmännisches Bestätigungsschreiben**: vom Architekt/Bauleiter unterzeichnetes Abnahmeprotokoll geht AG vom AN zu, der dem Protokoll nicht widerspricht

IV. Abnahme – WANN?

- **Voraussetzung** für die Abnahme sind:
 - **Fertigstellung** des (Bau-)Werks
 - **keine wesentlichen Mängel**
- Nach **Fertigstellung** seiner Leistungen durch AN
 - Gesamtfertigstellung des (Bau-)Werks bei Beteiligung anderer Gewerke ist irrelevant
 - Vertragsklauseln, die Abnahme erst bei
 - Fertigstellung aller Gewerke oder
 - Abnahme durch den Hauptauftraggeber vorsehensind unzulässig und unwirksam
- **Wesentliche Mängel:**
 - Funktions-/**Gebrauchstauglichkeit** ist **nicht nur unwesentlich beeinträchtigt**
 - auch **optische Mängel**, wenn Optik nach dem Vertrag oder der vorausgesetzten Beschaffenheit des Werkes **von Bedeutung** ist

V. Abnahme – WIE?

- **Formen** der Abnahme sind:
 - **ausdrückliche** Abnahme
 - **stillschweigende** (konkludente) Abnahme
 - **fiktive** Abnahme

- **Keine stillschweigende** Abnahme bei **vertraglich vereinbarter ausdrücklicher bzw. förmlicher** Abnahme

- **Ausnahme** ist die sog. **vergessene förmliche Abnahme**
 - **Benutzung** des (Bau-)Werks durch AG
 - **keine Mängelrügen oder Abnahmeverweigerung oder Verlangen nach förmlicher Abnahme** durch einen Vertragspartner
 - ggf. weitere Abnahmeindizien wie z.B. Zahlung der Schlussrechnung, Auszahlung Vertragserfüllungssicherheit, Entgegennahme Gewährleistungsbürgschaft u.ä.
 - **Zeitablauf** von **mind. 6 Monaten** ohne Abnahmeverweigerung oder Mängelrügen oder Verlangen nach förmlicher Abnahme

V. Abnahme – WIE?

○ **Ausdrückliche** Abnahme:

- **mündlich** - Problem: Beweisbarkeit im Rechtsstreit
- **schriftlich** – auch E-Mail
- **förmlich** durch **Abnahmeprotokoll**
 - Beschreibung des Bauvorhabens
 - Ort und Zeit
 - Abnahmeerklärung
 - Vorbehalte: Mängel, Vertragsstrafe
 - **Protokoll muss** – ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung – **nicht vom AN unterschrieben** werden, denn Abnahme ist einseitige Erklärung des AG
- ob – selbst wesentliche – Mängel vorliegen ist bei ausdrücklicher Abnahme irrelevant

V. Abnahme – WIE?

○ **Stillschweigende Abnahme**

- ein **Verhalten des AG** aus dem objektiv **zu ersehen** ist, dass das (Bau-)Werk entgegengenommen und als **vertragsgerecht gebilligt** wird, z.B.:
 - Beginn der **Nutzung** des Werkes durch AG
 - einem Dritten (z.B. Bauherr) das Werk zur Nutzung zur Verfügung zu stellen

Bei **Nutzung** gilt **Prüffrist** von i.d.R. 2 bis 4 Wochen innerhalb derer die Abnahmeverweigerung noch vom AG erklärt werden kann

 - **Zahlung der Schlussrechnung** oder **Gewährleistungseinbehalt** gegen Bürgschaft
jeweils **ohne ausdrücklich Erklärung der Abnahmeverweigerung** - nur Rüge von einzelnen unbedeutenden Mängeln ist meist keine Abnahmeverweigerung
- **Nicht ausreichend:**
 - **Fortsetzung von Bauarbeiten**, die auf der Vorleistung des AN aufbauen
 - **Schlussrechnungsprüfung** ohne Zahlung
 - Das (Bau-)Werk **muss frei von wesentlichen Mängeln** sein

V. Abnahme – WIE?

○ **fiktive** Abnahme

- Keine ausdrückliche oder stillschweigende Abnahmeerklärung, die Abnahme wird gesetzlich fingiert
- **§ 12 Abs. 5 VOB/B:**
 - **keine Mängelrüge** des AG binnen **12 Werktagen nach Fertigstellungsmitteilung** (i.d.R. als solche bezeichnete Schlussrechnung) des AN
 - **keine Mängelrüge** des AG binnen **6 Werktagen nach Beginn der Nutzung des Werkes** durch den AG
- **§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. (Verträge bis 31.12.2017):**
 - **Fristsetzung** zur Abnahme durch AN an AG
 - **AG reagiert nicht innerhalb der Frist** (verweigert nicht fristgerecht die Abnahme)
- **Voraussetzung** sind auch bei der fiktiven Abnahme:
 - **Fertigstellung** des (Bau-)Werks
 - **Fehlen von wesentlichen Mängeln**

V. Abnahme – WIE?

- Fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 2 BGB n.F. (**Verträge ab 01.01.2018**):
 - **Fertigstellung** der Arbeiten, **selbst mit wesentlichen Mängeln**
 - AN setzt AG eine **Frist zur Abnahme** (formfrei)
 - ggf. Hinweis an Verbraucher (s.u.)
 - **AG reagiert nicht** oder
 - **AG verweigert** die Abnahme **ohne konkrete Mängelrüge**.
 - **Verbraucherschutz § 640 Abs. 2 S. 2 BGB - Hinweis:**
 - auf **Folgen des Schweigens** oder der **Abnahmeverweigerung ohne Mängelrüge**
 - **mit Abnahmeverlangen** – kann nicht nachgeschoben werden
 - in **Textform**
 - **zwingende Vorschrift** - nicht vertraglich anders regelbar
 - notwendige **Vorbehalte durch AG** bei Fristsetzung zur Abnahme:
 - **nein: bekannte Mängel**
 - **ja: Vertragsstrafe** bis zum Ablauf der Abnahmefrist (s. § 341 Abs. 3 BGB)

VI. Zustandsfeststellung § 650g BGB n.F.

○ **Zweck:**

- Klarheit über das Bestehen von Mängeln
- Schutz des AN, wenn das Werk vor Abnahme genutzt oder weitergebaut wird

○ **Voraussetzung:**

- wenn **AG die Abnahme verweigert**
- unter **Angabe von Mängeln**

○ **Inhalt:**

- **Gemeinsame faktisch-technische Zustandsfeststellung** der erbrachten Leistung
- **Soll förmlich** mit Protokoll erfolgen
- **Kein Abnahmesurrogat,**
- nicht auf Dokumentation von Mängeln beschränkt

VI. Zustandsfeststellung § 650g BGB n.F.

○ Ablauf:

- **Verlangen** der Zustandsfeststellung **durch AN**
- **Termin**
 - entweder gemeinsam vereinbarter Termin oder
 - einseitige **Terminsbestimmung** durch **AN**, wenn AG Terminsabstimmung verweigert
 - bleibt der **AG** dem **Termin fern**, kann **AN** den **Zustand alleine verbindlich feststellen** und protokollieren
 - **außer: AG** hat das Fernbleiben **nicht zu vertreten** und er **unterrichtet** den AN **unverzüglich**
- **förmliches Protokoll**
 - Angabe des **Tages**
 - festgestellter **Zustand** bzw. Mängel
 - **Unterschrift** von AG und AN

VI. Zustandsfeststellung § 650g BGB n.F.

- **Folge der gemeinsamen Zustandsfeststellung = Beweislastumkehr:**
 - ist dem **AG das Werk verschafft** worden
und
 - ist **bei der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben,**
 - wird **vermutet**, dass ein offenkundiger Mangel erst **später entstanden** und **vom AG zu vertreten** ist
 - **außer** der Mangel kann seiner Art nach nicht vom AG herrühren (z.B. Materialfehler)

VII. Exkurs: Fälligkeit der Vergütung ohne Abnahme

Ausnahmen vom Grundsatz der Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung sind:

- **einvernehmlicher Verzicht** auf die Abnahme durch AG und AN (auch vergessene Abnahme als stillschweigender Verzicht)
- **Abrechnungsverhältnis**, weil AG von AN keine Leistungen mehr wünscht und AN keine Leistungen mehr erbringen will
- **endgültige Abnahmeverweigerung** durch AG (gleich ob berechtigt oder unberechtigt)
- **unberechtigte vorläufige Abnahmeverweigerung** durch AG
- **Durchgriffsfälligkeit** nach § 641 Abs. 2 BGB:
 - **AG** hat für das Werk des AN **von einem Dritten eine Vergütung** erhalten
 - das Werk des AG ist **von einem Dritten abgenommen** oder gilt als abgenommen
 - AN hat dem AG eine **Frist zur Auskunft** über Vergütungszahlung oder Abnahme von Seiten des Dritten gesetzt und die Frist **ist abgelaufen**

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Christian Biernoth
Kanzlei Einfeld Halfmann Biernoth
Stau 105
26122 Oldenburg

T: 0441.350995.0
F: 0441.350559.35
M: info@kanzlei-ehb.de
H: www.kanzlei-ehb.de