

# Wenn der Bauherr mal nicht will ...

## Die fiktive Abnahme

**D**ie Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt des Bauvertrags. Dieser in der baurechtlichen Literatur weitverbreitete Leitsatz spiegelt die enorme Bedeutung der Abnahme für die am Bau anzutreffenden Vertragsparteien wider, sei es Bauherr, Auftragnehmer oder Architekt. Gleichwohl wird in der Praxis oftmals unterschätzt, welche vielfältigen Wirkungen und Rechtsfolgen die Abnahme besitzt und dass Auftragnehmer gut beraten sind, möglichst zügig auf die Erklärung der Abnahme oder, wenn sich der Auftraggeber weigert, auf eine gesetzliche Fiktion hinzuwirken.

■ Von Florian Herbst

### Anwendungsbereich

Die Abnahme definiert sich als die körperliche Entgegennahme der vom Auftragnehmer erbrachten und zur Abnahme angebotenen Leistung durch den Auftraggeber mit der Erklärung, dass er die Bauleistung als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkennt. Die Abnahme manifestiert sich also einerseits in einem tatsächlichen Verhalten (**Entgegennahme der Leistung**) und andererseits in der begleitenden oder sich aus dem tatsächlichen Verhalten ergebenden Erklärung des Auftraggebers, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß anzuerkennen (**Billigung der Leistung**). Das wesentliche und oftmals streitauslösende Element der Abnahme liegt in der Billigung der vom Auftragnehmer erbrachten Leistung als vertragsgemäß.

Bei der Abnahme handelt es sich um eine einseitige, nicht notwendig empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Abnahme ist demnach eine **Auftraggebererklärung**. Die Mitwirkung des Auftragnehmers ist nahezu auf die Entgegennahme der Willenserklärung beschränkt, ohne „Mitspracherecht“. Dabei sollte er keine Scheu haben, das Abnahmeprotokoll (so es denn eines gibt) zu unterschreiben. Mit der Unterschrift, dies ein weit verbreiteter Irrglaube, erkennt der

Auftragnehmer die darin aufgelisteten Mängel nicht an, sondern erklärt lediglich, die Mängelrüge des Auftraggebers zur Kenntnis zu nehmen. Apropos Mängel im Abnahmeprotokoll: Es gibt kaum ein Abnahmeprotokoll, in dem keine Mangelbehauptung des Auftraggebers enthalten ist. Hierdurch behält sich der Auftraggeber seine Rechte in Bezug auf etwaige Abweichungen vom Bau-Soll vor.

Die Abnahme trennt die Ausführungsphase von der sogenannten Gewährleistungsphase. Nach der Abnahme schuldet der Bauunternehmer lediglich

noch die Mangelbeseitigung. Die hier behandelte rechtsgeschäftliche Abnahme hat im Übrigen nichts mit der **behördlichen Bauabnahme** zu tun. Diese ist weder Voraussetzung der rechtsgeschäftlichen Abnahme noch hat sie vertragliche Abnahmewirkungen zur Folge. Sie dient allein der Überprüfung durch die Baubehörden, ob das Bauwerk öffentlich-rechtlichen Vorschriften genügt.

### Wirkungen der Abnahme

Die Abnahme löst eine Reihe von Rechtsfolgen aus, die v. a. für den Auftragnehmer positiv sind. Das Bauwerk gilt mit Abnahme zunächst einmal als im Wesentlichen vertragsgerecht. Die **Vergütungs- und Leistungsgefahr** geht auf den Auftraggeber über. Das bedeutet, vor der Abnahme trägt der Auftragnehmer die Gefahr, dass das Bauwerk zufällig untergeht oder sich verschlechtert (beispielsweise abrennt oder beschädigt wird). Dann muss er seine Leistungen noch einmal erbringen, ohne hierfür eine Vergütung zu erhalten. Nach der Abnahme ist es Sache des Auf-



(1) Die wichtigste Folge der Abnahme für den Auftragnehmer: Die Schlussrechnung kann gestellt werden.



Bild: © Andrey Popov – stock.adobe.com

(2) Die Zustimmung zu einer Abnahme kann viele Formen haben. So kann z. B. die Inbenutzungnahme mit dem beabsichtigten Endzweck nach VOB/B als Abnahme gesehen werden. Die Hürden hierfür sind allerdings hoch.

traggebers, das Werk vor Beschädigungen zu schützen.

In der Praxis wird vielfach übersehen, dass die Abnahme außerdem Voraussetzung für die **Fälligkeit der Vergütung** des Auftragnehmers ist. Dieser kann seine Schlussrechnung erst stellen, wenn seine Leistungen abgenommen wurden. Die Abnahme ist letztlich auch der Startschuss für den Lauf der **Gewährleistungsfrist**. Erst mit der Abnahme beginnt die zumeist fünfjährige Gewährleistungsfrist, in welcher der Auftraggeber auftretende Mängel rügen kann. Dabei gilt im Streitfall vor Gericht (aber nur dort!): Für Mängel, die schon bei Abnahme gerügt werden, trägt der Auftragnehmer die **Beweislast** dafür, dass diese nicht vorliegen. Mängel, die im Gewährleistungszeitraum auftreten, muss der Auftraggeber beweisen.

Die Abnahmefolgen sind also v. a. für den Auftragnehmer von Vorteil. Dieser sollte ein essenzielles Interesse daran haben, nach Fertigstellung seiner Arbeiten den Auftraggeber möglichst umgehend dazu zu bringen, die Abnahme zu erklären. Nur dann verschafft er sich für mögliche Streitigkeiten über seine Schlussrechnung oder über in der Gewährleistungsphase auftretende Mängel eine gute Position.

### Pflicht zur Abnahme

Gemäß § 640 BGB ist der Auftraggeber verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Bauwerk des Auftragnehmers abzunehmen. Dies gilt auch für das Architektenwerk (Planungs- und Bauüber-

wachungsleistungen). Diese Verpflichtung kann sogar eigenständig vor Gericht eingeklagt werden.

Eine entsprechende Regelung findet sich in der VOB/B, die selbstverständlich nur dann Anwendung findet, wenn die VOB/B auch wirksam Vertragsinhalt geworden ist. Demnach hat der Auftraggeber die Abnahme binnen zwölf Werktagen durchzuführen, sobald dies der Auftragnehmer nach Fertigstellung der Bauleistung verlangt.

### Abnahmeverweigerung

Der Auftraggeber kann die Abnahme verweigern, wenn **wesentliche Mängel** vorliegen. Die Frage, wann ein Mangel wesentlich ist oder nicht, ist einzelfallabhängig und kann (leider) nicht mittels Faustformel beantwortet werden. Kriterien hierfür sind

- der Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen,
- die Höhe der Mängelbeseitigungskosten,
- die Auswirkungen des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamtbauleistung oder auch
- das Maß der (gegebenenfalls auch nur optischen) Beeinträchtigung.

Es bedarf nicht viel Fantasie, dass das Merkmal der Wesentlichkeit oftmals hochstreitig zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber diskutiert wird.

### Arten der Abnahme

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Abnahme zu erklären – dies kann ausdrücklich, förmlich, konkludent oder mithilfe einer gesetzlichen Fiktion erfolgen. Auf Letzterer soll der Schwerpunkt dieses Artikels liegen. Die fiktive Abnahme lässt sich jedoch nur im Gesamtzusammenhang der verschiedenen Abnahmeformen nachvollziehen.

Am anschaulichsten ist die Abnahme durch eine **ausdrückliche Erklärung** des Auftraggebers; diese ist nicht an eine bestimmte Form gebunden, kann also auch mündlich erfolgen. Dabei kann es nicht schaden, die mundartspezifischen Besonderheiten zu beachten: Was der Rheinländer mit „Dat häste jot jemaat“ zum

Ausdruck bringt, ist dem Bayer womöglich nur ein „Basst scho“ wert – beides kann eine Abnahme darstellen.

Der Klassiker ist die **förmliche Abnahme**, also die gemeinsame Zusammenkunft von Auftraggeber und Auftragnehmer am Ort des Bauvorhabens und die Aufstellung eines Abnahmeprotokolls. Darin gibt der Auftraggeber die Erklärung ab, ob er

- die Abnahme vorbehaltlos erklärt,
- die Abnahme unter dem Vorbehalt von Mängeln oder einer Vertragsstrafe erklärt oder
- die Abnahme verweigert.

Nicht immer kommt – aus welchen Gründen auch immer – eine ausdrückliche oder förmliche Abnahme in Betracht. Dann kann eine Abnahme auch durch schlüssiges Verhalten (**konkludent**) angenommen werden. Dies ist der Fall, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers entnehmen lässt, dass dieser die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt. Dies kann beispielsweise durch eine vorbehaltlose Zahlung der Schlussrechnung oder durch die rügelose Ingebrauchnahme des Bauwerks erfolgen, allerdings nur dann, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers nichts anderes ergibt.

Letztlich kann die Abnahme auch durch eine gesetzliche Fiktion herbeigeführt werden. Sind die hierfür gesetzlich bestimmten Voraussetzungen erfüllt, treten die Abnahmewirkungen ein, obwohl der Auftraggeber keine entsprechende Erklärung abgegeben hat. Dies wird als **fiktive Abnahme** bezeichnet.

Die fiktive Abnahme ist gesetzlich in § 640 Abs. 2 BGB geregelt. Demnach gilt ein Werk auch dann als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Bauherrn nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Bauherr „die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat“.

Die VOB/B, die als Allgemeine Geschäftsbedingung einem Bauvertrag zugrunde gelegt werden kann, kennt noch weitere Möglichkeiten der fiktiven Abnahme, nämlich die fiktive Abnahme durch Zeitablauf

nach schriftlicher Fertigstellungsmittelung (§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B) und die fiktive Abnahme durch Zeitablauf nach Beginn der Benutzung (§ 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B).

## Fiktive Abnahme des BGB

Nach der bereits zitierten Vorschrift des § 640 Abs. 2 BGB muss der Auftragnehmer dem Bauherrn nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme setzen. Verweigert der Bauherr die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels, gilt die Bauleistung als abgenommen. Dies kann auf Teilabnahmen entsprechend angewandt werden.

Diese erst zum 01.01.2018 im Zuge des sogenannten Neuen Bauvertragsrechts in das Gesetz aufgenommene Regelung soll dem Auftragnehmer ein Mittel an die Hand geben, wenn der Auftraggeber sich vor der Abnahmeerklärung drückt. Die Abnahmewirkungen können damit ohne und sogar gegen den Willen des Bauherrn bzw. Auftraggebers selbst dann eintreten, wenn die Voraussetzungen für eine Abnahme nicht vorliegen.

Maßgeblich für den Eintritt der Fiktion ist nach dem neuen § 640 Abs. 2 BGB zunächst, dass der Auftragnehmer sein Werk objektiv fertiggestellt hat. Dies ist schon dann erreicht, wenn das vertragliche Leistungsprogramm im Sinne der einzelnen Leistungsschritte seitens des Unternehmers vollständig abgearbeitet und die (primäre) Bautätigkeit abgeschlossen ist – auch wenn die Arbeiten qualitativ unzureichend ausgeführt wurden und noch Maßnahmen zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. Stehen lediglich noch untergeordnete und für den Vertragszweck unwesentliche Restarbeiten aus, kann gleichwohl von einer Fertigstellung auszugehen sein.

Benennt der Auftraggeber allerdings auch nur einen einzigen Mangel, kommt die gesetzliche Fiktion des § 640 Abs. 2 BGB nicht mehr in Betracht. Hierbei ist es nach dem Wortlaut und der insoweit wohl herrschenden Auffassung unerheblich, ob der genannte Mangel wesentlich oder un-

**Fristsetzung zur Abnahme unserer Leistungen gem. § 640 BGB**

Bauvorhaben: \_\_\_\_\_

Vertrag vom: \_\_\_\_\_

Auftraggeber: \_\_\_\_\_

Sehr geehrte/r Frau/Herr \_\_\_\_\_,

Sehr geehrte Damen und Herren,

die von uns aus dem im Betreff bezeichneten Bauvertrag geschuldeten Leistungen haben wir vollständig und frei von wesentlichen Mängeln erbracht. Sie sind daher verpflichtet, unsere Leistungen abzunehmen. Da dies bislang nicht erfolgt ist, setzen wir hiermit Frist zur Abnahme unserer Leistungen bis zum \_\_\_\_\_.

Bitte beachten Sie, dass unsere Leistung als abgenommen gilt, wenn Sie innerhalb dieser Frist uns gegenüber die Abnahme nicht unter Angabe mindestens eines Mangels verweigern, § 640 Abs. 2 BGB.

Mit freundlichen Grüßen

*(3) Ist der Bauherr ein „Häuslebauer“, muss der Auftragnehmer laut BGB auf die Folgen einer nicht erklärten oder verweigerten Abnahme hinweisen.*

wesentlich ist. Eine Beschreibung des Mangels nach dessen äußeren Erscheinungsbild ist ausreichend; einer Benennung der Ursache für ein bestimmtes Mangelsymptom bedarf es nicht. Trotz des insoweit eindeutigen Gesetzeswortlauts ist es sogar nach der wohl überwiegenden Auffassung der baurechtlichen Literatur nicht einmal erforderlich, dass es sich bei dem vom Auftraggeber benannten Punkt überhaupt um einen tatsächlichen, zu Recht beanstandeten Mangel handelt.

Ob vor dem Hintergrund einer derart weitgehenden Auslegung die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 2 BGB dem Auftragnehmer ein wirksames Mittel bei einem die Abnahme unberechtigt verweigernden Auftraggeber an die Hand gibt, ist mehr als fraglich und darf bezweifelt werden. Da die beschriebene Regelung des § 640 Abs. 2 BGB erst für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge gilt, wird dies erst die Zukunft zeigen. Anwendungsbeispiele aus der Rechtsprechung gibt es hierzu derzeit noch nicht.

Ist der Auftraggeber ein Verbraucher (beispielsweise der klassische „Häuslebauer“), treten die Abnahmewirkungen zudem nur dann ein, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber zusammen mit der Anforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme in Textform hingewiesen hat (§ 640 Abs. 2 Satz 2 BGB).

## Fiktive Abnahmeformen der VOB/B

Die beschriebene fiktive Abnahmeform des § 640 Abs. 2 BGB findet auch auf den VOB-Vertrag Anwendung. Die VOB/B kennt zudem noch weitere Möglichkeiten der fiktiven Abnahme. Gemäß § 12 Abs. 5 Nr. 1 und 2 VOB/B gilt eine Leistung in folgenden Fällen als abgenommen:

- mit Ablauf von zwölf Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung oder
- nach Ablauf von sechs Werktagen nach Beginn der Nutzung.

Die **Fertigstellungsanzeige** hat schriftlich zu erfolgen. Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Fertigstellung ausdrücklich angezeigt wird; es genügt insoweit, dass die Auslegung der Erklärung ergibt, dass die Leistung fertig gestellt ist. Diese Erklärung kann beispielsweise der Übersendung der Schlussrechnung entnommen werden.

Eine **Ingebrauchnahme** ist beispielsweise bejaht worden für die Freigabe einer Brücke für den Verkehr, die Inbetriebnahme einer Lichtenanlage, den Einzug in ein Bauwerk, die Inbetriebnahme eines Kraftwerks, die Eröffnung eines Ladenlokals für den Geschäftsverkehr sowie die Inbetriebnahme einer Schleuse. Es muss sich allerdings um eine Inbenutzungnahme handeln, die dem beabsichtigten Endzweck entspricht; ein bloßer Probelauf genügt nicht.





Abs. 2 BGB anzuwenden. Diese kann durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden.

### Wenn die gesetzliche Fiktion nicht greift ...

(4) Der Auftragnehmer kann laut BGB eine Zustandsfeststellung durchführen, wenn der Auftraggeber die Abnahme verweigert – und das notfalls auch einseitig.

Was sich nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 5 VOB/B zunächst wie ein leichter Weg für den Auftragnehmer anhört, entpuppt sich jedoch bei genauerer Betrachtung als äußerst schwierig. Eine derartige Abnahmefiktion kommt nämlich nach der Rechtsprechung nur dann in Betracht, wenn

- die Leistung fertiggestellt und der Vertrag nicht gekündigt ist,
- keine ausdrückliche bzw. förmliche Abnahme vereinbart oder verlangt wurde,
- der Auftraggeber die Abnahme nicht vor Ablauf der jeweiligen Frist zu Recht verweigert hat,
- die fiktive Abnahme nicht vertraglich ausgeschlossen ist.

Zumeist scheidet also eine fiktive Abnahme bereits daran, dass die Parteien vertraglich die Vornahme einer förmlichen Abnahme vereinbart haben. Insoweit geht der Parteiwille vor und soll nicht durch eine gesetzliche Fiktion ausgehebelt werden. Etwas anderes ist nur dann anzunehmen, wenn die Parteien trotz Vereinbarung einer förmlichen Vereinbarung hierauf (konkludent) verzichtet haben. Hieran sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen.

Bei einem VOB-Vertrag mit einem Verbraucher dürfte § 12 Abs. 5 VOB/B sowieso in beiden Varianten unwirksam sein (so das OLG Koblenz in seinem Urteil vom 02.03.2017 – 2 U 296/16).

Häufig kommt also eine fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B nicht in Betracht. Bei abnahmeunwilligen Auftraggebern bleibt insofern nur die Möglichkeit, die gesetzliche Abnahmefiktion in § 640

Greift die gesetzliche Abnahmefiktion nicht, sollte der Auftragnehmer den Auftraggeber zumindest in **Annahmeverzug** mit der Erklärung der Abnahme setzen. Hierzu fordert der Auftragnehmer den Auftraggeber schlicht – ohne Fristsetzung – auf, die fertiggestellte Leistung abzunehmen, und der Auftraggeber nimmt sie innerhalb der Frist von zwölf Werktagen nicht ab (§ 12 Abs. 1 VOB/B). Folge hiervon ist, dass jedenfalls ein Teil der Abnahmewirkungen eintritt. Die Gefahr des zufälligen Untergangs des Bauwerks geht auf den Auftraggeber über. Zudem haftet der Auftragnehmer nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Eine weitere zu empfehlende Schutzmaßnahme des Auftragnehmers bietet die sogenannte **Zustandsfeststellung** des seit dem 01.01.2018 geltenden § 650 g BGB. Verweigert demnach der Auftraggeber unter Angabe von Mängeln die Abnahme, ist er verpflichtet, an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Bauwerks mitzuwirken. Tut er dies nicht, kann der Auftragnehmer den Zustand auch einseitig feststellen. Ist in der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Auftraggeber zu vertreten ist.

Diese Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat keine Ausschlusswirkung. Sie dient aber dem Auftragnehmer zur Dokumentation des Zustands des Bauwerks, um späterem Streit vorzubeugen, und ist die Grundlage für eine modifizierte Gefahrtragung. Damit können sich die Vertragsparteien Klarheit darüber verschaffen, ob es sich bei den gerügten Mängeln um wesentliche oder unwesentliche Mängel handelt. Außerdem schützt die Feststellung den Auftragnehmer, wenn das Werk vom Auftraggeber bereits vor der Abnahme genutzt wird.

### Fazit

Abnehmen will gelernt sein. Der Auftragnehmer, der von den zahlreichen Abnahmewirkungen profitiert, tut gut daran, sich mit den verschiedenen Abnahmeformen vertraut zu machen, um keine Rechtsnachteile zu erleiden. In den meisten Fällen ist der Auftraggeber kooperativ, und die Abnahme stellt keine Schwierigkeit dar. Problematisch wird es, wenn sich der Auftraggeber „querstellt“ und partout die Abnahme verweigert. Dann sollte der Auftragnehmer den Weg über die fiktive Abnahme versuchen, wobei erst die Zukunft zeigen wird, ob ihm der neue § 640 Abs. 2 BGB ein praxistaugliches Mittel an die Hand gibt. Notfalls muss die Abnahme gerichtlich durchgesetzt werden, auch wenn hiermit eine Auseinandersetzung über etwaige Mängel des Bauwerks unvermeidlich wird. Ein steiniger, aber manchmal unvermeidlicher Weg. ■

### Zur Person



**Florian Herbst**

Florian Herbst ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Er vertritt bundesweit Bauunternehmen, Bauträger, Investoren sowie Architekten und Ingenieure bei der Durchsetzung ihrer Rechte und Ansprüche.

#### Kontakt

REMBERT.Rechtsanwälte

Tel.: 040 / 41 32 29-0

[www.rembert-rechtsanwaelte.de](http://www.rembert-rechtsanwaelte.de)  
[kanzlei@rembert-rechtsanwaelte.de](mailto:kanzlei@rembert-rechtsanwaelte.de)