

## Endlich verstehen: Die Abnahmeformen *Von RA F. Herbst*

Über die Abnahme wird viel geschrieben. Trotzdem wissen nur wenige, mit ihr rechtssicher umzugehen. Um dies zu ändern, werden zunächst einmal Grundfragen beantwortet, um sodann die verschiedenen Abnahmeformen ins Visier zu nehmen. ■

### Was ist die Abnahme?

Die Abnahme ist – nach allgemeingültiger Definition – die Entgegennahme des Bauwerks und dessen Billigung als im Wesentlichen vertragsgemäß. Anders ausgedrückt: Für die Abnahme bedarf es der Übergabe des errichteten Gebäudes an den Auftraggeber sowie dessen Bestätigung, dass damit der Bauvertrag im Wesentlichen ordnungsgemäß erfüllt wurde.

Aus dieser Definition wird bereits deutlich, dass die Abnahme eine **Erklärung des Auftraggebers** ist; das Mitspracherecht des Auftragnehmers ist begrenzt. Dieser ist v. a. Erklärungsempfänger, mehr aber auch nicht. Dabei sollte er keine Scheu haben, das Abnahmeprotokoll (so es denn eines gibt) zu unterschreiben. Mit der Unterschrift, dies ist ein weit verbreiteter Irrglaube, erkennt der Auftragnehmer die darin aufgelisteten Mängel nicht an, sondern erklärt lediglich, die Mangelrüge 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 Bausoll vor.

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

### Warum ist die Abnahme so wichtig?

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 abbrennt oder beschädigt wird). Dann muss er seine Leistungen noch

einmal erbringen, ohne hierfür eine Vergütung zu erhalten. Nach der Abnahme ist es Sache des Auftraggebers, 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.

Der Auftraggeber kann die Abnahme verweigern, wenn wesentliche Mängel vorliegen. Die Frage, wann ein Mangel wesentlich ist oder nicht, ist einzelfallabhängig und kann 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 (ggf. auch nur optischen) Beeinträchtigung.

### Welche Formen der Abnahme gibt es?

Nachdem die grundlegenden Fragen zur Abnahme geklärt sind, wollen wir uns jetzt den verschiedenen Formen der Abnahme widmen. Es gibt nämlich nicht nur eine, sondern verschiedene Möglichkeiten, die Abnahme zu erklären bzw. deren Wirkung herbeizuführen – dies kann ausdrücklich, förmlich, konkludent oder mithilfe einer gesetzlichen Fiktion erfolgen.

### Ausdrücklich erklärte Abnahme

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 Bayern womöglich nur ein „Basst scho“ wert – beides kann eine Abnahme darstellen.

### Förmliche Abnahme

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.

Nach § 12 Abs. 4 der VOB/B ist eine förmliche Abnahme durchzuführen, wenn eine Partei es verlangt. Legen die Parteien bereits im Vertrag die förmliche Abnahme fest, ist der Auftraggeber nach Fertigstellung der Bauleistung gehalten, auch ohne Antrag des Auftragnehmers einen Termin zur förmlichen Abnahme anzusetzen. Er hat dann den Abnahmetermin unverzüglich (innerhalb einer Frist von zwölf Werktagen gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B) zu bestimmen.

Haben die Parteien die förmliche Abnahme vereinbart oder verlangt eine Partei rechtzeitig die förmliche Abnahme, sind die übrigen Abnahmeformen ausgeschlossen. Sie kommen so lange nicht in Betracht, als nicht von einem nachfolgenden Verzicht der Parteien auf die förmliche Abnahme ausgegangen werden kann. Hieran sind allerdings hohe Anforderungen geknüpft. Nicht jede „vergessene“ Abnahme stellt einen Verzicht dar; hierzu bedarf es noch weiterer Anhaltspunkte. Von einem stillschweigenden Verzicht des Auftraggebers ist beispielsweise auszugehen, wenn er nach Eingang der Schlussrechnung monatelang nicht auf die vereinbarte förmliche Abnahme zurückkommt, die vorgelegte Schlussrechnung trotz fehlender förmlicher Abnahme bezahlt oder trotz fehlender förmlicher Abnahme die Vorlage der Schlussrechnung fordert.

### Konkludente Abnahme

Nicht jedesmal kommt – aus welchen Gründen auch immer – eine ausdrückliche oder förmliche Abnahme in Betracht. Dann kann eine Abnahme auch durch schlüssiges Verhalten (**konkludente Abnahme**) 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, durch die rügelose Ingebrauchnahme des Bauwerks bzw. der Bauleistung oder durch die anstandslose Freigabe einer Sicherheitsleistung erfolgen, allerdings nur dann, wenn sich aus dem Verhalten des Auftraggebers nichts anderes ergibt.

### Fiktive Abnahme

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.“

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 unwesentlich ist. Eine Beschreibung des Mangels nach dessen äußerem Er-

scheinungsbild 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.

§ 640 Abs. 2 BGB ist im Übrigen auch auf Verträge anzuwenden, bei der die VOB/B vereinbart wurde.

Die VOB/B, die als allgemeine Geschäftsbedingung einem Bauvertrag zugrunde gelegt werden kann, kennt zudem noch weitere Möglichkeiten der fiktiven Abnahme, nämlich die fiktive Abnahme durch Zeitablauf nach schriftlicher Fertigstellungsmittteilung (§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B) und die fiktive Abnahme durch Zeitablauf nach Beginn der Benutzung (§ 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B). Diese kommen – dies wird oftmals übersehen – allerdings nur in Betracht, wenn keine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart wurde oder wenn der Auftraggeber diese verlangt. Verweigert der Auftraggeber ausdrücklich die Abnahme vor Ablauf der in § 12 Abs. 5 VOB/B enthaltenen Fristen, tritt die Abnahmefiktion ebenfalls nicht ein.

Bei der fiktiven Abnahme durch Zeitablauf nach schriftlicher Fertigstellungsmittteilung gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von zwölf Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung (**§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B**). Dies gilt allerdings nur, sofern keine förmliche Abnahme verlangt wird. Eine Mitteilung der Fertigstellung liegt auch in der Übersendung der Schlussrechnung.

Eine fiktive Abnahme kann auch durch Zeitablauf nach Beginn der Benutzung eintreten, § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B. Der Ablauf von sechs Werktagen nach Beginn der Benutzung ist hierfür ausreichend. Auch dies gilt jedoch nur, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Eine Benutzung in diesem Sinne liegt beispielsweise vor bei Einzug in ein neu hergestelltes, umgebautes oder erweitertes Gebäude, bei Übergabe eines Gebäudes zur Nutzung an den Besteller des Auftraggebers oder dessen Mieter oder Enderwerber, bei Aufstellen von Maschinen in einer Werkshalle oder bei Inbetriebnahme eines Kraftwerks oder bei Freigabe einer Straße, Brücke usw. für den öffentlichen Verkehr.

Dagegen liegt keine Nutzung im Sinne von § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B vor, wenn erstellte Teile von baulichen Anlagen für die Weiterarbeit anderer Bauunternehmer zur Verfügung gestellt werden. Keine Abnahme

trotz Nutzung tritt zudem ein, wenn der Auftraggeber die Nutzung nur aus einer Zwangslage heraus vornimmt, insbesondere, um drohende Schäden (wie Mietausfälle oder Vertragsstrafenansprüche Dritter) abzuwenden.

## Teilabnahme

Eine Teilabnahme von Leistungen kommt lediglich unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht. Im BGB-Vertrag besteht eine Abnahmepflicht des Auftraggebers bei erbrachten Teilleistungen nicht, sofern die Parteien dies nicht besonders vereinbart haben. Eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Abnahme von Teilleistungen kommt ohne besondere Vereinbarung selbst dann nicht in Betracht, wenn aus technischer Sicht eine Überprüfung der Funktionsfähigkeit eines Teils der Vertragsleistung ohne Weiteres durchführbar wäre. Es empfiehlt sich für den Auftragnehmer daher, stets die Möglichkeit der Teilabnahme vertraglich zu regeln.

Beim **VOB-Bauvertrag** ist der Auftraggeber dagegen nach § 12 Abs. 2 VOB/B auf Verlangen des Auftragnehmers zur Teilabnahme verpflichtet. Seine (sogar einklagbare) Abnahmeverpflichtung erstreckt sich auf in sich abgeschlossene Teile der Leistung. Die Teilabnahme gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Eine fiktive Teilabnahme durch Ingebrauchnahme kommt entsprechend § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B in Betracht. Dagegen setzt die Abnahmefiktion aufgrund Fertigstellungsmittteilung des Auftragnehmers (§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B) die Fertigstellung der Gesamtleistung voraus.

## Und im Planervertrag?

Sämtliche beschriebenen Abnahmeformen sind auch für den Planervertrag relevant – hierauf kann nicht oft genug hingewiesen werden. Nicht umsonst regelt § 15 Abs. 1 HOAI, dass das Planerhonorar erst fällig wird, wenn die Leistung abgenommen und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht worden ist.

Wichtig für den Architekten mit Vollauftrag: Auch ohne vertragliche Vereinbarung kann er ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

Der Architekt sollte also stets nach Abschluss seiner Leistungen auf eine Abnahme hinwirken – auch wenn dies für viele Bauherren (aber auch Architekten) noch immer merkwürdig klingen mag. Eine fehlende Abnahme kann ansonsten zu Rechtsunsicherheiten bzw. -nachteilen führen. ■