
2.1 Abnahmebegriff

Abnahme bedeutet die körperliche Hinnahme der Leistung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber verbunden mit der Erklärung, dass er das Werk als zumindest im Wesentlichen vertragsgemäß anerkennt.¹

Beispiele

- RügeLOSE Entgegennahme des Bauwerks und Inbenutzungnahme durch den Auftraggeber²
- Vorbehaltlose Zahlung des Werklohns (vgl. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB)

2.2 Abnahmepflicht des Auftraggebers

Die Abnahme der Leistung stellt eine Vertragspflicht des Auftraggebers dar [5, B § 12 Rdnr. 70].

Nimmt der Auftraggeber die Leistung unberechtigtweise nicht ab, so gilt die Abnahme als erfolgt, wenn die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB vorliegen.³ Der Auftraggeber gerät zudem in Annahmeverzug mit der Folge, dass die Gefahr der zufälligen Beschädigung oder Zerstörung der Gewerke auf ihn übergeht (§ 644 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Darüber hinaus gerät der Auftraggeber, sofern die fehlende Abnahme der Leistung nicht entschuldigt ist (§ 286 Abs. 4 BGB), nach Mahnung durch den Auftragnehmer in

¹ BGH, Urteil v. 19.12.2002 – VII ZR 103/00 = BauR 2003, 689 = IBR 2003, 190 (Leitzke).

² BGH, Urteil v. 18.02.2003 – X ZR 245/00 = BauR 1994, 242; 2004, 337 = IBR 2003, 596 (Garcia-Scholz).

³ Siehe auch BGH, Urteil v. 15.10.2002 – X ZR 69/01 = BauR 2003, 236, IBR 2003, 7 (Schwenker).

Schuldnerverzug und kann für einen eventuellen aus der Abnahmeverweigerung entstehenden Schaden ersatzpflichtig werden [5, B § 12 Rdnr. 70].

2.3 Abnahmeverlangen

Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung – gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist – die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden. (§ 12 Abs. 1 VOB/B)

2.3.1 Voraussetzungen

Ein berechtigtes Abnahmeverlangen liegt vor, wenn die Leistung des Auftragnehmers abnahmefähig ist. Die Leistung des Auftragnehmers ist dann abnahmefähig, wenn sie fertiggestellt und frei von wesentlichen Mängeln ist (Abnahmereife).⁴

Die Leistung ist auch dann abnahmereif und somit fertiggestellt, wenn noch unwesentliche geringfügige Leistungen ausstehen. Es kommt dabei auf den Inhalt und den Umfang der vertraglich geschuldeten Leistung an.

Beim Schlüsselfertigbau muss die Leistung funktionsfertig sein, so dass der vertraglich vorgesehene Gebrauch ungehindert möglich ist.⁵

Sonderfall: Eine trotz fehlender Abnahmereife ausdrücklich erklärte Abnahme des Auftraggebers ist wirksam.⁶

2.3.2 Form

Die Erklärung des Auftragnehmers muss unzweifelhaft entnehmen lassen, dass die Abnahme der Leistung gefordert wird. Es handelt sich dabei um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von § 116 ff. BGB. Im Übrigen ist das Abnahmeverlangen formfrei möglich. Aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch, die Schriftform zu wählen und den Zugang zu dokumentieren. Erklärungsempfänger ist der Auftraggeber oder vom ihm bevollmächtigte Dritte.

⁴ BGH, Urteil v. 16.10.1997 – VII ZR 64/96 = BauR 1997, 1021.

⁵ BGH, Urteil v. 25.01.1973 – VII ZR 149/72 = BauR 1973, 192.

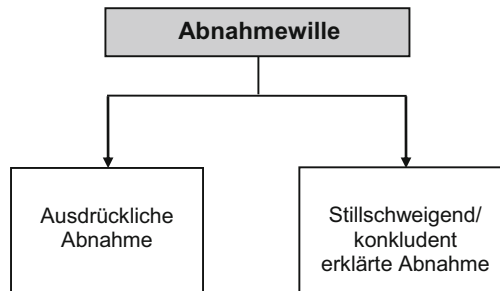
⁶ OLG München, Urteil v. 13.12.2011 – 9 U 2533/11.

2.3.3 Frist

Die Pflicht des Auftraggebers zur Abnahme der Leistung setzt also zunächst voraus, dass der Auftragnehmer ein entsprechendes Abnahmeverlangen erklärt.

2.4 Abnahme mit Abnahmewille

Die Abnahme durch den Auftraggeber erfolgt im Regelfall durch eine Willenserklärung. Die Willenserklärung setzt Abnahmewillen voraus.



2.4.1 Ausdrücklich erklärte Abnahme

Im Regelfall erfolgt die Abnahme durch ausdrückliche Erklärung des Auftraggebers, dass er die Leistung des Auftragnehmers als vertragsgemäß billigt, § 640 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Erklärung des Auftraggebers ist zugangsbedürftig.

Hauptanwendungsfall beim VOB-Vertrag ist die sogenannte förmliche Abnahme gemäß § 12 Abs. 4 VOB/B sowie die förmlich erklärte Teilabnahme gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B.

2.4.2 Stillschweigend/konkludent erklärte Abnahme

Die sogenannte stillschweigend/konkludent erklärte Abnahme ist gesetzlich nicht geregelt. Auch in der VOB/B findet sich hierzu keine gesonderte Regelung.

Von einer stillschweigend/konkludent erklärten Abnahme ist auszugehen, wenn der Auftraggeber das hergestellte Werk körperlich hinnimmt (z. B. durch Inbenutzungnahme) **und** durch schlüssiges Verhalten zu erkennen gibt, dass er die Leistungen des Auftragnehmers als in der Hauptsache vertragsgerecht annehmen will.

Weitere Voraussetzung ist, dass die Leistung tatsächlich vollständig erbracht ist. Dabei ist die Entgegennahme des Werks ein Indiz für die Annahme, der Auftraggeber billige

die Leistung. Ist die Leistung noch nicht vollständig erbracht, müssen weitere gewichtige Umstände vorliegen, die eine Abnahme rechtfertigen, dass der Auftraggeber tatsächlich das Werk als vertragsgemäß ansieht.

Beispiel

Der Auftraggeber hat sich mit dem Auftragnehmer nach mehreren Besichtigungen der Leistung über die Schlussrechnung der Höhe nach geeinigt. Das OLG Dresden hat in einem derartigen Fall eine Abnahme angenommen.⁷

Weitere Voraussetzung ist, dass beim Auftraggeber zum Zeitpunkt der Hinnahme der Leistungen Abnahmewille vorliegt. Dies liegt nach herrschender Meinung beispielsweise dann vor, wenn der Auftraggeber das vom Auftragnehmer erstellte Werk vorbehaltlos in Gebrauch nimmt und nach Ingebrauchnahme eine angemessene Frist zur Prüfung der Mängel abgelaufen ist. Dabei wird in der Rechtsprechung teilweise ein Zeitraum von mindestens einem Monat angenommen.

Bei schwerwiegenden Mängeln ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber keinen Abnahmewillen hatte. In diesem Fall ist die Ingebrauchnahme bzw. Einzug in das Bauwerk dann keine Grundlage für die Annahme, dass eine stillschweigend/konkludent erklärte Abnahme vorliegt. Insbesondere dann nicht, wenn der Auftraggeber gezwungenermaßen im Wege der Schadensminderung das Werk in Gebrauch nimmt.

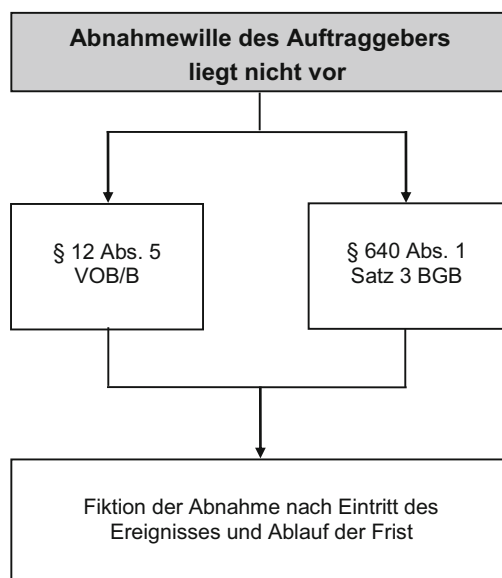
Darüber hinaus muss durch das Verhalten des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer zum Ausdruck kommen, dass er die erbrachte Leistung des Auftragnehmers billigt. Beispielsweise kann dann von einer Billigung der Leistung des Auftragnehmers ausgegangen werden, wenn die geforderte Vergütung vorbehaltlos gezahlt wird.

2.5 Abnahme ohne Abnahmewillen

Auch eine Abnahme ohne Abnahmewillen des Auftraggebers ist möglich. In diesen Fällen spricht man von der Fiktion der Abnahme.

Die Abnahmefiktion knüpft an ein Ereignis, beispielsweise die Ingebrauchnahme oder Anmeldung der Fertigstellung bzw. Setzen einer Frist zur Abnahme und den Ablauf der in der VOB/B genannten oder vom Auftragnehmer gesetzten Frist.

⁷ OLG Dresden, Urteil v. 19.03.2003 – 11 U 696/02 = IBR 2003, 670.



Bezüglich der näheren Einzelheiten wird auf Abschn. 3.1.5 und Kap. 4. Bezug genommen.

2.6 Fertigstellung der Leistung

Fertig gestellt sind die Leistungen im Sinne dieser Regelung, wenn sie abnahmefähig sind, d. h. frei von wesentlichen Mängeln erbracht wurden.⁸ Entscheidend ist, dass die Leistung nach dem vertraglich vorgesehenen Gebrauch funktionsfähig ist.

Die Abnahmefähigkeit einer Leistung kann im Einzelfall von den vertraglich vereinbarten oder gesetzlich vorgeschriebenen (Neben-)Pflichten abhängen. So entschied das OLG Bamberg⁹, dass eine Leistung nicht abnahmefähig ist, wenn der Auftragnehmer verpflichtet war, die durchgeführten Arbeiten zu dokumentieren und dem Besteller diese Informationen zu übergeben (hier nach dem Medizinproduktegesetz) und er dieser Dokumentationspflicht nicht nachgekommen ist.

⁸ BGH, Urteil v. 10.06.1999 – VII ZR 170/98 = BauR 1999, 1186 = IBR 1999, 405 (Marian).

⁹ OLG Bamberg, Urteil v. 08.12.2010 – 3 U 93/09 = IBR 2011, 575.

Beispiele

- Bei der Errichtung eines Wohnhauses einschließlich der Außenanlagen kann eine Fertigstellung dann nicht angenommen werden, wenn zwar das Gebäude fertiggestellt ist, wegen fehlender Außenanlagen (z. B. Beleuchtung) ein Bezug der Bewohner jedoch nicht möglich ist.
- Optische Beeinträchtigungen oder eine gewisse Anzahl unwesentlicher Mängel schließen eine Fertigstellung grundsätzlich nicht aus.
- Dagegen kann eine Vielzahl für sich betrachtet geringfügiger Mängel die Abnahmereife ausschließen, wenn sie in ihrer Gesamtheit dem Auftraggeber nicht mehr zugemutet werden können [5, B § 12 Rdnr. 101].

2.7 Abnahmefrist

Gemäß § 12 Abs. 1 VOB/B ist der Auftraggeber verpflichtet, die fertig gestellte Leistung innerhalb von 12 Werktagen nach dem Abnahmeverlangen abzunehmen, wenn der Bauvertrag keine andere Fristenregelung enthält. Nach Ablauf der Frist treten die Abnahmewirkungen ohne weiteres ein, sofern die Leistung keine wesentlichen Mängel aufweist.

2.8 Vorbehalt bei der Abnahme

Wichtig ist zu beachten, dass der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Abnahme entsprechende Vorbehalte erklärt. Ein vor Abnahme oder nach Abnahme erklärter Vorbehalt ist grundsätzlich unbeachtlich.¹⁰

2.8.1 Vorbehalt wegen Mängeln

Bezüglich von Mängeln ist es erforderlich, dass der Auftraggeber unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er auf seine Ansprüche auf Mängel nicht verzichte will und die festgestellten Mängel benennt. Dabei reicht es aus, die Mangelercheinung zu beschreiben.

Ausnahmsweise kann ein Vorbehalt entbehrlich sein, wenn der Auftraggeber und der Auftragnehmer einen anhängigen Rechtsstreit über streitige Mängel führen.

Soweit der Mangelbehalt nicht entbehrlich ist, verliert der Auftraggeber seine Ansprüche auf Mangelbeseitigung aus § 13 Abs. 5 VOB/B und Minderung aus § 13 Abs. 6 VOB/B, sofern er den Vorbehalt nicht erklärt hat.

¹⁰ BGH, Urteil v. 25.01.1973 – VII ZR 149/72 = BauR 1973, 192.

2.8.2 Vorbehalt wegen verwirkter Vertragsstrafe

Sofern der Auftraggeber beabsichtigt, eine Vertragsstrafe wegen Verzug geltend zu machen, muss er sich diesen Anspruch ebenfalls vorbehalten, da der Anspruch ansonsten gemäß § 341 Abs. 3 BGB bzw. § 11 Abs. 4 VOB/B erlischt.

Abnahme im Bauwesen nach Ansprüchen
Entscheidungshilfen für Auftraggeber und
Auftragnehmer für die Abnahme von Bauleistungen,
Planung, Bauüberwachung, Projektleitung,
Projektsteuerung und Bauträgerleistungen
Zanner, C.; Henning, J.
2016, X, 147 S. 32 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-658-10000-1